

Universidad del Rosario

Escuela de Ciencias Humanas

Maestría en Filosofía

La despenalización del aborto en una sociedad liberal:

El caso colombiano

Andrés Balcázar González

Director: Wilson Herrera

Junio de 2010

La despenalización del aborto en una sociedad liberal:

El caso colombiano

Andrés Balcázar González¹

Resumen: El presente artículo pretende exponer un debate de filosofía política sobre un problema moral álgido: el aborto. Partiendo de la base de que en todas las democracias occidentales una cuestión central en esta discusión tiene que ver con quién es, en último término, el que debe o puede decidir sobre la legalidad del mismo, lo que aquí se analiza es el problema de diseño y legitimidad constitucional con que se responde en una democracia liberal a esta controversia. Reconociendo que no son pocas las ocasiones en que este controvertido debate moral ha dividido profundamente a la sociedad, el presente artículo tiene como objetivo específico explicar brevemente cuál fue el mecanismo utilizado para lograr la “despenalización” del aborto en Colombia, para luego analizar la justicia del procedimiento, las pretensiones de quienes promovieron la acción de constitucionalidad y, así mismo, la decisión de la Corte Constitucional a la luz del modelo de justicia de John Rawls, especialmente a la luz del concepto de consenso traslapado. Lo anterior, con el propósito de defender la postura de que, al menos en el modelo jurídico-político colombiano, existen serios reparos frente a quienes consideran que la Corte Constitucional es el órgano democráticamente competente para cerrar el debate respecto al aborto.

Palabras claves: Colombia, Corte Constitucional, aborto, vida, derecho, bien jurídico, moral, persona, *nasciturus*, consenso, legitimidad, ponderación, razón pública, consenso traslapado.

Abstract: This article attempts to expose a political philosophy debate on a difficult moral issue: abortion. Assuming that in all Western democracies a central topic in this discussion is about who may or must, at the end, decide on its legality, what is analyzed here is the problem of the design and constitutional legitimacy that responds to this issue in a liberal democracy. Recognizing that there are not few occasions in which this moral debate has deeply divided society, this article is specifically intended to explain briefly what was the mechanism used to achieve the “decriminalize” abortion in Colombia and then analyze the fairness of the proceedings, the claims of those who promoted the action of constitutionality, as well as the decision of the Constitutional Court according to John Rawls’ model of justice, especially in the light of the concept of overlapping consensus. This, in order to defend the position that, at least in the Colombian legal and political model, there are serious objections against those who believe that the Constitutional Court is the competent body to close the democratic debate on abortion.

Keywords: Colombia, Constitutional Court, abortion, life, law, legal right, moral, person, unborn child, consensus, legitimacy, balance, public reason, overlapping consensus.

¹ Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Candidato a Magister en Filosofía de la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario.

Contenido

1. Introducción.....	4
2. El procedimiento por el que se despenalizó el aborto en Colombia.....	9
2.1. Los argumentos de los demandantes.....	10
2.2. Los argumentos decisorios de la Corte Constitucional.....	12
3. Algunas preguntas y críticas a los argumentos de la Corte Constitucional. Las nociones fundamentales puestas en riesgo.....	15
3.1. La vida, ¿un derecho, un bien o valor protegido, o ambas?: La justificación de la distinción que hizo la Corte Constitucional.....	15
3.2. ¿Qué es el nasciturus? ¿Es persona, individuo o sujeto de derechos? El problema de que la Corte evada esta pregunta.....	22
3.3. ¿Sobre qué clase de protección de la vida hay o puede haber consenso?.....	28
3.4. Límites y restricciones a la defensa de la vida. ¿Quién decide legítimamente el conflicto sobre el aborto?.....	29
3.5. La noción de vida digna.....	37
3.6. El interés estatal y el interés social en el problema del aborto.....	40
3.7. Una ponderación de cosas distintas. La falacia de la sobre-generalización de la Corte. La confusión entre la restricción y la negación absoluta de los derechos.....	44
4. Análisis de la justicia del procedimiento, los argumentos y la decisión de la Corte a la luz de la teoría del liberalismo político de John Rawls.....	47
4.1. La razón pública en una sociedad democrática.....	47
4.1. Sobre la Corte Constitucional como entidad ejemplar de la razón pública.....	52
4.3. Qué es un agente moral y la realidad ontológica del nasciturus.....	61
4.4. La vida como un asunto público fundamental y la idea del consenso traslapado ..	65
5. Conclusiones.....	71
6. Referencias bibliográficas.....	74

1. Introducción

Lo verdaderamente horrible de toda la administración de justicia, incluso de los mejores de entre jueces, magistrados, abogados, detectives y agentes de policía, no es que sean malos (algunos son buenas personas) ni que sean idiotas (un puñado es muy inteligente), es sencillamente que se han acostumbrado. G.K. Chesterton

El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia “despenalizó”² el delito de aborto en los siguientes casos: “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (Sentencia C-355 de 2006, “VII. Decisión”). Fue ésta su decisión, en respuesta a una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra algunos artículos del Código Penal vigente, en donde se tipificaba como delito “uno de los temas legales y morales más controversiales” (Arthur, 1999): el aborto.

Cuando se trata del aborto, el primer interrogante sobre el que se da el debate consiste en cuáles son las razones, si las hay suficientes, para justificar el aborto de fetos humanos (Beauchamp & Leroy, 1999). Frente a esta pregunta, no son pocos los doctrinantes que coinciden en señalar que en los extremos del debate se encuentran dos posiciones radicalmente opuestas: 1) la postura conservadora, en la que se ubica, aunque sin agotarla, la posición católica-romana, según la cual el aborto nunca es aceptable y, por mucho, sólo se permite cuando es necesario para traer otro bien moral como es el salvar la vida de la mujer embarazada³ y 2) la postura liberal radical, según la cual el aborto siempre es

² Utilizó aquí comillas al hablar de “despenalización” pues considero que, al menos en estrictos términos de derecho penal, aún cuando la misma Corte Constitucional utilice dicho término en la Sentencia C-355 de 2006, en realidad allí no se despenalizó una conducta ni siquiera parcialmente, sino que se agregaron o impusieron causales específicas de justificación que, de actualizarse, más que dejar sin pena una conducta delictiva, hacen que ésta ya no sea delito, pues —según lo consideró la Corte— cuando se da una de estas circunstancias excepcionales la conducta de abortar ya no es antijurídica y culpable.

³ Como lo explica John Finnis, “la condena tradicional del aborto no condena el que se administren medicamentos a la madre embarazada cuya vida peligra (...) [o] de que se sustraiga el vientre cancerígeno maligno de una mujer embarazada (...) [o] la reubicación del vientre mal ubicado de una mujer embarazada cuya vida peligra por la dislocación del vientre, a pesar de que la operación necesite drenar el líquido amniótico requerido para la supervivencia del feto” (Finnis, 1973, pág. 133). Traducción libre del autor). Por el contrario, bajo la perspectiva tradicional se juzga como moralmente incorrecto un acto cuando el medio o el fin utilizado son inmorales, siendo posible, por tanto, que se produzca un aborto como consecuencia de un acto humano sin que este acto sea moralmente incorrecto cuando el propósito o fin del mismo es salvar la vida de la madre y el medio elegido es separar el feto de la misma. Lo que sí no es posible concluir, al menos para esta postura, es que todos los abortos sean iguales, en tanto que en ellos

permisible, cualquiera sea el estado del desarrollo del feto (Beauchamp & Leroy, 1999)⁴. Sin olvidar, también, las muchas posiciones intermedias, tanto liberales como conservadoras, según las cuales el aborto es posible tan sólo en determinadas circunstancias o tan sólo en un plazo inicial específico del proceso de gestación.

De igual manera, numerosas opiniones, aunque no todas, consideran que lo que determina la opción por una u otra postura es la concepción que se tenga sobre el estatuto del feto (Beauchamp & Leroy, 1999)⁵. Frente a esta concepción encontramos también diferentes posturas: a) aquella que señala que es un individuo pero no un humano en términos psicológicos, es decir, una persona; b) la postura de acuerdo con la cual el feto es física y psicológicamente un ser humano pero no una persona y, c) la postura que considera que el feto es un ser humano pleno y también una persona.

Una u otra postura sobre el estatuto del feto, a su vez, guarda estrecha relación con dos concepciones distintas sobre la vida humana: la concepción humana-biológica y la concepción de vida distintamente humana (que se centra en los aspectos psicológicos y no físicos, tales como el uso de símbolos, el amor, la imaginación o la razón) (Beauchamp & Leroy, 1999).

se produce la muerte del feto sin que importe el cómo, o afirmar que un aborto inducido puede ser válido cuando lo que se quiere es salvar la vida de la madre, pues en estos casos el aborto no es una consecuencia indirecta (o segunda) del acto de salvar la vida sino que consiste en el acto directo e intencionado de matar. En otras palabras, para esta postura una cosa es salvar la vida de la madre por medio de una intervención o procedimiento que pueda conllevar, eventualmente, a la muerte del *nasciturus* y otra muy distinta matar al *nasciturus* (causando un aborto) con el objeto de intentar salvar la vida de la madre por medio de algún procedimiento o intervención.

Una manera de saber distinguir entre la acción moralmente correcta y la acción moralmente incorrecta es preguntarse si ésta se hubiese elegido si la víctima no hubiera estado presente. Si la acción, por ejemplo, extraer el vientre materno, se habría elegido aun si no existiese el feto que podría resultar muerto de dicha intervención, entonces puede decirse que producir la muerte del mismo no es un resultado directo o que no está intencionado ni como medio ni como fin (Finnis, 1973, pág. 137).

⁴Esta es también la postura de Salles, para quien, no sin reconocer muchas variaciones, “el debate relativo a estas cuestiones se ha polarizado, contraponiendo la tradición conservadora a la liberal. Para la posición conservadora [dice], el momento de la concepción determina la diferencia entre lo humano y lo no humano en sentido no sólo biológico, sino también moral (...) [Mientras que] a la perspectiva conservadora se contraponen otra, representada por pensadores como Michael Tooley y Mary Ann Warren, que considera que el embrión y el feto carecen de estatus moral precisamente porque no poseen las características necesarias que definen a una persona. En este caso, no se cuestiona la humanidad biológica del feto [explica], sino que se rechaza la identificación de lo biológico con lo moral (...) [Y se afirma que] sólo las personas son miembros de la comunidad moral y poseen derechos que pueden ser violados por las acciones de otros” (Salles, 2008, pág. 252).

⁵En el mismo sentido, Salles también afirma que “con respecto a la moralidad del acto de abortar, tradicionalmente son dos las cuestiones que se han constituido como ejes de la disputa: el estatus moral de feto y el posible conflicto de derechos” (Salles, 2008, pág. 247).

Como fácilmente puede concluirse de lo anterior, un tercer concepto que, entre muchos otros, también resulta fundamental en el debate sobre la legitimidad del aborto es el concepto de persona⁶. Así, mientras para algunos la persona es un ser orgánico y psicológico, para muchos es (i) un ser consciente de sí mismo, (ii) que tiene libertad de actuar y capacidad para hacerlo, (iii) que tiene razones para actuar y la capacidad de razonar para hacerlo, (iv) que tiene la habilidad de comunicarse con otros a través del lenguaje, (v) que tiene capacidad de hacer juicios morales, y (vi) que posee racionalidad (Beauchamp & Leroy, 1999).

Partiendo de estas definiciones, algunos exigen que se cumplan cada una de las características arriba enumeradas para poder hablar legítimamente de persona, mientras otros consideran que el feto nunca es persona, otros que siempre lo es y, por último, hay quienes consideran que el feto sólo es persona a partir de determinado momento.

Es necesario distinguir entre las diferentes concepciones de persona pues, normalmente, el estatus moral del sujeto se relaciona con su estatus ontológico y la manera en que ello se hace es precisamente lo que determina si se está adoptando una postura conservadora (de acuerdo con la cual el feto es un ser humano desde el principio, luego tiene un estatus moral completo)⁷, una postura liberal (de acuerdo con la cual el ser humano es persona desde que nace, luego el feto no tiene estatus ontológicamente relevante ni estatus moral alguno⁸) o una postura liberal moderada (de acuerdo con la cual el feto, aunque es biológicamente humano, no es persona ni tiene estatus moral).

⁶ “[P]ara muchos, la solución al problema del aborto depende exclusivamente de la determinación del tipo de entidad que es el ser humano desde el momento de su concepción” (Salles, 2008).

⁷ Tiene mucho sentido decir que “si uno acepta que un feto es una vida humana con estatus moral completo (...) la ecuación ‘un aborto equivale a un asesinato’ parece seguirse” (Beauchamp & Leroy, 1999). Sin embargo, esta posición, muchas veces denominada “conservadora,” no es absoluta, pues como ya se decía, no es lo mismo ni puede juzgarse moralmente de la misma manera el aborto espontáneo que es consecuencia involuntaria de un acto intencionado, que el aborto inducido que se realiza y pretende voluntariamente.

⁸ Esta es la posición de Warren, para quien, por ejemplo, “sólo las personas tienen un estatuto ontológico significativo, [luego] como el feto no es persona, [entonces] no tiene estatuto moral” (Beauchamp & Leroy, 1999). Algunos se oponen hasta posición pues consideran que no sólo las personas sino también los animales u otros seres vivos pueden tener un *estatus moral*, es decir, ser sujetos con los que se tiene o de los que se pueden exigir obligaciones morales. Sin embargo, lo importante aquí es que de acuerdo con posiciones como la de Warren aquí citada, el feto o *nasciturus*, dado que no es reconocido como persona, tampoco puede ser admitido como un sujeto de consideración (deberes o derechos) moral del mismo valor que otro ser humano.

Sin embargo, en este álgido debate académico y político⁹ se han dado muchas otras posturas intermedias, e incluso algunos han pretendido defender el aborto aun aceptando la condición de persona del feto, como es el caso de la filósofa norteamericana Judith Thompson. Thompson, aun reconociendo que es difícil que no sea arbitrario trazar una línea en el proceso de desarrollo del feto y, así, que es posible suponer que el feto es persona incluso desde antes de nacer (Thompson, 1999), pretende abogar por el aborto desde el argumento de la legítima defensa (Thompson, 1999, pág. 204) a pesar de que acepte que con el feto puedan existir obligaciones morales; pues considera que el aborto no está completamente injustificado en todos los casos, pues “ninguna persona está moralmente obligada a hacer grandes sacrificios para mantener la vida de otra persona cuando ésta no tiene ningún derecho a reclamarlo” (Thompson, 1999, pág. 210), y ésta es la posición en la cual cree que se encuentra el feto, a quien no reconoce como sujeto de derechos.

Comparto plenamente los argumentos con los que Finnis contradice esta postura¹⁰ y reprocho también a Thompson que ignore el deber de socorro que se reconoce en el derecho contemporáneo y que, incluso en algunas legislaciones (como la colombiana), es objeto del derecho penal con los tipos penales por omisión, así como que considere —erradamente— que la posición de garante o de garantía que puede determinar la responsabilidad civil e incluso penal de un sujeto se deriva únicamente de una decisión voluntaria, cuando lo cierto es que ella puede nacer de una condición personal, de una relación específica con otros sujetos de

⁹ Sin lugar a dudas este es el mayor debate político y moral que se ha dado en los Estados Unidos en la última década (tal y como lo demuestra la última versión de la marcha que desde hace 35 años se realiza en Washington en contra del aborto —la marcha del pasado 22 de enero de 2010— a la que asistieron aproximadamente 300 mil personas), así como un debate que hoy en día ha cobrado mucha fuerza en el derecho comunitario europeo y en diferentes naciones de ese continente, cuyo mejor ejemplo es tal vez España, como lo evidenció la marcha de cerca de un millón de personas que se realizó el pasado 17 de octubre de 2009 en la ciudad de Madrid, de manera simultánea con marchas en otras 87 ciudades en España y en el resto del mundo. El objetivo de estas manifestaciones, en general, era oponerse al aborto, pero de manera más específica, al proyecto del gobierno socialista de Zapatero con el que finalmente se despenalizó completamente el aborto en las primeras 14 semanas de gestación y se extendió el límite actual para poder abortar en caso de graves anomalías del feto o riesgo en la salud de la madre hasta la semana número 22. El intenso debate sobre este proyecto de ley, aprobado el 24 de febrero de 2010, recientemente ha llevado a que algunos opositores de la iniciativa, como es el caso del Centro Jurídico Tomás Moro, incluso exijan que se acuda a un referendo para que así se garantice que se escuche a la población civil y se respete el principio democrático.

¹⁰ Los argumentos de este autor a los que aquí se hace referencia se encuentran en el artículo “*The Rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Thompson*”. Sin embargo, considero relevante destacar aquí, especialmente, la manera en que Finnis logra desarticular la hipótesis sobre la que Thompson construye su argumento en defensa del aborto: el caso de una persona a cuyo riñón se adhiere —sin su consentimiento— el riñón de un famoso violinista cuya vida depende de ello. En el artículo citado Finnis demuestra suficientemente que este caso hipotético es distinto al del mal llamado “aborto terapéutico”, pues el primero “(i) no involucra un espectador [o una tercera persona], (ii) no implica una intervención o asalto sobre el cuerpo del violinista, y (iii) supone una incuestionable injusticia contra el sujeto en cuestión. [Mientras que] cada uno de estos tres factores está ausente en los casos de aborto en cuestión”. (Finnis, 1973, pág. 143). Traducción libre del autor.

derechos o de una simple ficción legal¹¹. En un Estado de Derecho e incluso más todavía en un Estado Social y Democrático de Derecho, las obligaciones de unos ciudadanos con otros no nacen únicamente de la voluntad.

Por lo tanto, en mi opinión, todo ser humano es persona y, como ser humano que es, el feto humano también es persona y, por tanto, es sujeto del derecho a la vida, lo que significa que el aborto nunca está justificado. Sin embargo, no es sobre este aspecto de fondo del debate sobre lo que pretendo centrar la atención del lector en este artículo. Por el contrario, lo que aquí se pretende exponer es un debate de filosofía política, partiendo de la base de que en todas las democracias occidentales una cuestión central en esta discusión sobre el aborto tiene que ver con quién es, en última instancia, el que debe o puede decidir sobre la legalidad del mismo.

Así, el tema que aquí se analiza es el problema de diseño y legitimidad constitucional con que se responde en una democracia liberal a esta difícil controversia moral. Por lo tanto, reconociendo que no son pocas las ocasiones en que este controvertido debate moral ha dividido profundamente a la sociedad y que incluso ha llegado a los estrados judiciales — dado que, al menos en apariencia, no ha encontrado solución en el texto legal o constitucional—, el presente artículo tiene como objetivo específico explicar brevemente el mecanismo utilizado para lograr la despenalización del aborto en Colombia, tomándolo como ejemplo, y algunos detalles particulares del proceso, para luego presentar los argumentos principales de la demanda que llevó a la “despenalización” y las conclusiones generales a las que llegó la Corte Constitucional para justificar su decisión, deteniéndonos brevemente en las nociones fundamentales puestas en riesgo —los conceptos de vida y de

¹¹ Este es el mismo error en que incurre Feinberg (1973) cuando, al analizar cada uno de los derechos de los que frecuentemente se quiere hacer derivar el “derecho” al aborto, considera detenidamente el famoso ejemplo del violinista de Thompson y afirma que uno solo puede tener responsabilidad cuando voluntariamente ha elegido tenerla, haciendo suyo el argumento según el cual “no podemos ser forzados a hacer enormes sacrificios o a correr grandes riesgos irracionales para mantener a otros vivos cuando no tenemos ninguna relación especial con ellos” (Feinberg, 1973, pág. 67) (Traducción libre del autor). Aunque esta afirmación parezca muy propia de un pensamiento liberal, lo cierto es que en Estados liberales como Colombia —tal y como se desprende del principio de solidaridad al que se refiere el numeral segundo del artículo 95 de la Constitución Política de 1991— de todas maneras existe un deber de socorro hacia los otros que rige aun cuando yo mismo no tenga ninguna relación especial ni haya asumido voluntariamente ninguna obligación con ellos. De hecho, un ejemplo de ello es que por mandato o ficción legal no sólo se tienen obligaciones con los hijos (a quienes se podría decir que, al menos en algunos casos, se quiso traer al mundo), sino también con los padres y los hermanos, como lo reconoce el mismo Feinberg (1973), así como con cualquier persona cuya vida o salud se encuentre en grave peligro (Artículo 131 del Código Penal colombiano) y con quienes resulta insensato afirmar que uno voluntariamente quiso o aceptó tener una relación particular.

persona humana— y, así, preguntarnos quién decide legítimamente sobre el conflicto respecto al aborto.

Hecho esto, se analizarán la justicia del procedimiento, las pretensiones de los demandantes y la decisión de la Corte Constitucional a la luz del modelo de justicia de John Rawls, especialmente a la luz del concepto de consenso traslapado, con el propósito de defender la postura de que, a partir de sus exigencias, existen serias dudas que impiden afirmar con absoluta certeza, al menos en el modelo jurídico-político colombiano, que la Corte Constitucional es el órgano democráticamente competente para cerrar el debate respecto al aborto.

2. El procedimiento por el que se despenalizó el aborto en Colombia

En primer lugar, habría que decir que, contrario a como infructuosamente se había intentado en el pasado, el aborto se “despenalizó” (parcialmente) en Colombia no a través de una ley del constituyente derivado o secundario —el legislador—, sino a través de una decisión del intérprete legítimo de la Constitución Política, la Corte Constitucional¹², en una sentencia de constitucionalidad que decidió una acción contra algunas normas del Código Penal.

Se trató del proceso iniciado por algunos ciudadanos con el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, que contó con una inmensa participación ciudadana (probablemente la mayor tenida en un proceso semejante hasta entonces, con más de dos millones de intervenciones), así como la participación de diferentes organismos públicos nacionales e internacionales, entre otros. Fue también un proceso en que la Corte decidió condicionar una decisión del constituyente derivado o secundario, como fruto de su propia interpretación de una norma penal en un asunto en que ella misma reconocía sus limitaciones de experticia y competencia. Aunque más adelante podré detenerme en los asuntos formales y de procedimiento, por ahora sólo quiero advertir estas acusaciones y complicaciones (que señalan claramente la dimensión y calor de la discusión) y concentrarme en los asuntos de fondo, que luego serán analizados a partir del modelo de justicia de John Rawls.

¹² “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]”. Constitución Política de 1991.

El aborto es, sin lugar a dudas, un asunto objeto de una discusión difícil. El hecho de que pueda discutirse si es un tema que atañe a la moral, a la salud pública, a la política, a la religión o únicamente al individuo es ya una señal de su complejidad y signo de que a todos interesa. Aquí, sin embargo, daré por sentado, más allá de si el tema atañe más a la política, la filosofía o la religión, entre otras, que la discusión respecto al aborto trata sobre un problema moral, independientemente de las consecuencias que pueda tener en otras disciplinas. Esta posición radica en que si en el caso en cuestión se trata de una norma jurídica (una norma penal) demandada y sobre la que precisamente se pretende una ponderación de derechos y valores, considero que se está hablando sobre moral. En mi opinión, la mayoría de las normas, especialmente las normas constitucionales y penales, no tienen ni pueden tener otro fundamento que posiciones morales y, cuando se intentan ponderaciones axiológicas, claramente se está hablando de moral¹³.

Lo problemático de esta afirmación, sin embargo, es que conduce ya a la difícil cuestión sobre el fundamento de la moral y sobre de la existencia de diferentes concepciones morales en las sociedades de nuestro tiempo. Sin embargo, ese es justamente uno de los problemas que aquí se quiere enfrentar y el motivo por el cual comenzaré citando los argumentos generales de los ciudadanos que solicitaron la “despenalización” del aborto. Posteriormente, presentaré los argumentos aducidos por la Corte para tomar su decisión con el fin de analizarlos desde una particular teoría liberal de justicia (la de John Rawls).

2.1. Los argumentos de los demandantes

Para los demandantes, las normas del Código Penal vigente que penalizaban el aborto violaban los derechos “a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad (...) el derecho a la igualdad y a la libre determinación (art. 13 C.P.), el derecho a la vida, a la salud y a la integridad (arts. 11, 12, 43, 49 C.P.), el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes (art. 12 C.P.), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 C.P.)” (Sentencia C-355 de 2006, “III. Demandas”).

¹³ Sin que este sea el tema central del presente artículo, considero pertinente explicar que aquí entiendo el concepto de moral en su sentido más básico, es decir, como lo “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”, o como aquella “ciencia que trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia”. (Real Academia de la Lengua Española, 2001, pág. 1040).

De igual forma, según ellos, la penalización del aborto que contempló el Código Penal hasta ese momento (2005) vulneraba, básicamente, los principios fundamentales de libertad, autonomía y proporcionalidad —protegidos por la Constitución Política de 1991—. Así, según los demandantes, la iniciación de un proceso penal contra una mujer que quedara embarazada, por ejemplo como consecuencia de una violación, era ya en sí misma un atentado contra su dignidad, libertad y autonomía, que ponía además en riesgo su salud, vida e integridad física y era el resultado de una injusta discriminación.

Lo anterior, pues para los promotores del aborto legal,

“la primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia” (Ibíd.).

Así, como resultado de lo que ellos mismos llaman “un principio genérico y omnicompreensivo”, cual es el principio del libre desarrollo de la personalidad, para los demandantes “todas aquellas normas en donde el legislador desconoce la condición mínima del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida”, son inviables. De dicha afirmación, concluyen que penalizar el aborto es contrario a la Constitución, pues a su entender, “la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. [Luego] penalizar esta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana” (Ibíd.).

De lo anterior, fácil resulta deducir que para los demandantes el *nasciturus* o el ser humano por nacer no es un sujeto de derechos como lo es cualquier ser humano ya nacido¹⁴ sino, por

¹⁴ La misma demandante Mónica Roa, interpretando la Sentencia C-355 de 2006, afirmó recientemente que ésta “*indicó de forma precisa y clara que la vida en gestación es un bien constitucionalmente protegido, pero no estableció que existiera un derecho fundamental a la vida del nasciturus, por lo que si no existe un derecho fundamental a la vida del no nacido, no puede hablarse de ningún otro derecho fundamental de los no nacidos (...)*”. Queja Disciplinaria contra el Procurador General de la Nación presentada ante la Corte Suprema de Justicia el pasado 18 de marzo de 2010, página 13.

el contrario, tan sólo una parte del cuerpo de la mujer. Su intención, por lo tanto, es que se invierta la concepción de vida que se había adoptado tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano, para que, en lugar de proteger al *nasciturus*, se protejan la dignidad, libertad, autonomía, salud y vida de la madre (Sentencia C-355 de 2006. “III. Demandas”). Por su visión liberal, el Estado debe intervenir lo menos posible en la vida de los asociados (y sobre todo restringirse en el uso del derecho penal), por lo que el sancionar a una mujer por cometer un aborto es, al menos en determinados casos, desproporcionado, y no obedece a una correcta ponderación entre “la potencia o la esperanza de vida” (Ibíd.) del no-nacido y los derechos de la mujer. Abogan, por tanto, porque se consideren factores temporales y circunstanciales con el objetivo de hacer una correcta ponderación entre los derechos de la mujer y la obligación del Estado de proteger la vida en formación.

Los demandantes solicitan, además, que se dé un trato igual a las mujeres y a los hombres en cuanto a las intervenciones médicas y que por tanto no se niegue a éstas el aborto terapéutico, no se subordinen sus derechos (despersonalizándola y violando su dignidad) al valor de lo que consideran que no es más que “una vida probable”, y solicitan que a la mujer no se le considere como un mero instrumento reproductor. También, piden que no se obligue a las mujeres a estar embarazadas cuando, por su edad o condición, esto supone un riesgo para su salud, o cuando el embarazo es fruto de una violación y el aborto es su manera de hacer uso de su derecho a la legítima defensa, así como a que no se le obligue a llevar a cabo abortos ilegales en condiciones denigrantes, o que se le impida decidir libremente sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva.

2.2. Los argumentos decisorios de la Corte Constitucional

De los argumentos presentados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, para el análisis que se pretende, considero fundamentales los siguientes: (1) Que la vida es un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, pero que es distinto al derecho a la vida (distinción que se analizará más adelante). (2) Que son límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal a) el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana, b) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, c) el bloque de constitucionalidad (tratados internacionales), y d) la proporcionalidad y la razonabilidad. (3) Que estos límites impiden la penalización absoluta del aborto.

Principalmente con base en los argumentos arriba resumidos, la Corte decidió despenalizar el aborto para algunos casos, pues consideró que, como sucede en el derecho comparado, al abordar la constitucionalidad del aborto se hace necesario un ejercicio de ponderación, el cual, incluso cuando se acepta que la vida comienza en la concepción, puede imponerse un límite a su protección en aras de evitar una carga excesiva a la mujer embarazada (“Sentencia C-355 de 2006. “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 10. Examen del caso concreto. 10.1. La inexequibilidad de la prohibición total del aborto”). Fruto de esta ponderación la Corte concluyó que

“llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable (...)”.

A lo que añadió que “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos” (Ibíd.).

En resumen, dando razón a gran parte de los argumentos de los demandantes y apoyándose en su interpretación del derecho internacional vigente y en algunos ejemplos del derecho comparado, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional consideró que el aborto no puede penalizarse en todos los casos y que en lugar de ello se hace necesario hacer una ponderación entre la expectativa de vida del *nasciturus* y los derechos fundamentales de la madre, primera interesada o afectada en un embarazo o un aborto.

Sin embargo, es importante destacar aquí que en la Sentencia C-355 la Corte Constitucional acudió a la ponderación de principios y no a un test de proporcionalidad. La ponderación, es una teoría que parte de la base de que las normas son mandatos de optimización, es decir,

“normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas [y así mismo, que] las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos [... lo que] significa que los principios dependen de y requieren ponderación, [y que] la ponderación es la forma característica de la aplicación de principios” (Alexy, 1994, pág. 75).

Por su parte, el test de proporcionalidad es el procedimiento que se ha ideado para evaluar cuando resulta válida una medida que limita o restringe derechos fundamentales y comúnmente se utiliza para resolver casos difíciles en donde entran en conflicto dos derechos fundamentales. Este test consta de varios pasos: (i) verificar que la restricción del derecho persiga un objetivo constitucionalmente válido; (ii) examinar si la medida adoptada es adecuada, es decir, si es idónea para alcanzar el objetivo propuesto, (iii) establecer si la medida es necesaria o indispensable para ese propósito, es decir, establecer que no existen medios alternativos para lograrlo que no impliquen la restricción de derechos fundamentales; y (iv) un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, por medio del cual se debe establecer si el sacrificio del derecho fundamental implicado no es excesivo para lograr el fin perseguido¹⁵.

En el caso de la sentencia C-355, la Corte Constitucional ponderó, a la luz de otros principios como la proporcionalidad y la razonabilidad, entre el bien jurídico de la vida humana por nacer y otros principios en juego, como son los derechos fundamentales (también considerados principios) tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y la vida de la mujer; pero no hizo un test de proporcionalidad, pues, en su concepto, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto o entre esta salvaguarda y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la madre. Su error, en mi opinión, fue que, como lo intentaré explicar en el siguiente acápite, la Corte Constitucional quiso ‘ponderar’ entre un derecho y un principio jurídico más o menos vacío (la ‘mera expectativa’ de vida).

¹⁵ Ver: Sentencias C-445 de 1995, C-022 de 1996, T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000, entre otras.

Así, en el siguiente acápite, expondré cuáles son, en mi opinión, las nociones fundamentales puestas en riesgo por la decisión de la Corte Constitucional —los conceptos de vida y persona humana—, con el fin de demostrar la pertinencia y necesidad de preguntarse cuál es la institución u órgano democráticamente legítimo para resolver el problema del aborto en Colombia.

3. Algunas preguntas y críticas a los argumentos de la Corte Constitucional. Las nociones fundamentales puestas en riesgo

3.1. La vida, ¿un derecho, un bien o valor protegido, o ambas?: La justificación de la distinción que hizo la Corte Constitucional

De acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, una de las novedades de la Constitución de 1991, a la luz de la cual debió juzgar las normas que penalizaban el aborto, fue la configuración de la vida como “uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo”¹⁶, como lo sugieren el Preámbulo de esta Constitución y los artículos segundo y once de la misma, entre otros. Sin embargo, de estas normas se deriva, para la Corte, que la Constitución protege la vida de múltiples maneras funcionales, de donde concluye que la consigna como un bien o valor constitucionalmente protegido en algunos casos y como un derecho subjetivo fundamental en otros.

El reconocimiento de que la vida no es únicamente un derecho fundamental¹⁷ sino, también un bien jurídico, da cuenta de un hito importante y un avance en la teoría del derecho: el concepto de bien jurídico. Este concepto encuentra su antecedente más importante en “(...) la obra de Feuerbach, para quien el objeto de protección del derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado” (Castro Cuenca, 2006). En efecto, mientras las libertades más caras para la Revolución Francesa llevaron a que en el derecho civil y constitucional se expresaran y defendieran los derechos individuales y subjetivos, como el derecho al voto, el derecho al trabajo, el derecho a la

¹⁶ Sentencia C-355 de 2006. “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

¹⁷ “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2005, pág. 158).

propiedad, entre otros, en el derecho penal se reconoció, hacia finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que el objeto de protección del *ius puniendi* no se agotaba en los derechos del individuo sino que se extendía a otros valores e intereses generales, así como a la soberanía y derechos del Estado. Precisamente con este objetivo es que nace la noción de bien jurídico, que no se agota en los intereses jurídicos individuales, para lo que ya existía la noción de derechos subjetivos, sino que incluye también los intereses colectivos¹⁸. Así mismo, es con este objetivo, precisamente, que “la existencia de bienes jurídicos supraindividuales ha sido reconocida mayoritariamente dentro de la doctrina penal” (Castro Cuenca, 2006, pág. 204).

Sin embargo, aunque muy importante, existen diferentes posturas respecto de los bienes jurídicos supraindividuales: así, tenemos que, en primer lugar, para un tipo de positivismo jurídico únicamente la colectividad puede ser titular de un bien jurídico y éste debe prevalecer siempre sobre los intereses o derechos particulares. Para esta postura, el bien jurídico es “todo aquello en cuyo mantenimiento inalterado e incólume el derecho positivo –desde su propia perspectiva valorativa– tiene un interés”, lo que significa que “el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho [sino que] simplemente es una creación del legislador [cuya defensa] dependerá de su inclusión como objeto de tutela dentro de la ley penal” (Castro Cuenca, 2006).

En segundo lugar, se puede citar el positivismo naturalista, de acuerdo con el cual el bien jurídico se identifica con el interés jurídicamente protegido que, a su vez, corresponde a intereses vitales del individuo o de la sociedad, lo que supone el reconocimiento tanto de la existencia como de la importancia de bienes jurídicos individuales y de bienes jurídicos colectivos, que son condiciones de la existencia social.

La doctrina neokantiana, por su parte, considera que es fundamental y determinante que los bienes jurídicos que protegen los tipos jurídico-penales no sean solamente bienes del individuo, sino bienes de la sociedad entera o del derecho en general. Una posición, en todo caso, distinta a la del finalismo, para el que los bienes jurídicos penalmente tutelados no

¹⁸ En el mismo sentido, Liszt explica que el “*bien jurídico es el interés jurídicamente protegido*. Todos los bienes jurídicos son *intereses vitales* del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las *lex-es* penales, contra las violaciones procedentes de los individuos. La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos” (Liszt, 1929, pág. 6).

sólo deben incluir bienes jurídicos individuales y colectivos, sino que incluso deben proteger ciertos valores éticos y sociales fundamentales.

De igual forma, “en la dogmática penal más reciente, el bien jurídico ha readquirido una vital importancia como instrumento para evitar los abusos de poder del legislador, a través de diversas posturas sobre su naturaleza, que también reconocen la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos” (Castro Cuenca, 2006, pág. 206 y 207), como son:

- a) La concepción según la cual el bien jurídico es un valor social anterior a la norma, es decir, un valor abstracto del orden social que está jurídicamente protegido, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad;
- b) la postura que interpreta el bien jurídico como un concepto previo a la legislación pero no a la Constitución, a la cual debe estar vinculado político-criminalmente;
- c) la concepción dialéctica del bien jurídico, para la cual “los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, pues están en constante discusión y revisión [...]. Dentro de esta tesis se reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales y supraindividuales, aunque estos últimos se consagran para la protección complementaria de los bienes individuales” (Ibíd.);
- d) la concepción constitucional de bien jurídico de acuerdo con el cual el objeto de protección del tipo penal debe ser siempre un bien constitucional o bien primario (“todos los otros bienes sin los cuales el hombre no puede realizarse en la forma mínima de existencia” (Ibíd.)) por cuanto, por virtud del principio de proporcionalidad, el bien ofendido por la sanción penal (la libertad, la vida, el patrimonio) debe ser un bien de la misma naturaleza que el bien que fue ofendido por el crimen que se sanciona.

El repaso a las diferentes concepciones y teorías sobre el bien jurídico anteriormente enunciadas resulta útil, pues, como se decía, en la Sentencia C-355 la Corte Constitucional reconoció a la vida tanto el carácter de bien jurídico como la naturaleza de derecho subjetivo, haciendo una distinción que efectivamente encuentra eco en la doctrina jurídico-

penal (aunque sea discutible que tenga o no fundamento constitucional¹⁹). Sin embargo, aun reconociendo la validez y utilidad de esta distinción y sin perjuicio de qué concepción específica se tome respecto del bien jurídico, lo que aquí se quiere reprochar a la Corte Constitucional es que, si bien reconoció que la vida puede ser tanto un bien jurídicamente protegido —categoría amplia—, como un derecho individual —categoría más específica—, tan sólo lo contempló como un bien jurídico distinto de un derecho individual (un interés colectivo o un valor ético social) a la hora de hacer la ponderación que le era necesaria para tomar una decisión con respecto a la penalización del aborto.

Así, si bien tiene fundamento que la Corte distinga entre la vida como un derecho individual fundamental y la vida como un bien jurídico —distinción que para ella explica por qué el legislador ha impuesto penas distintas para ciertas conductas aun cuando todas ellas atentan contra la vida humana, como es el caso de lo que sucede con las penas de homicidio, genocidio o aborto, y lo que al mismo tiempo sugiere, para ella, que en cada uno de estos delitos el legislador busca proteger bienes jurídicos distintos— al mismo tiempo resulta reprochable el que la Corte no se haya detenido y esforzado en explicar cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal de aborto (en mi opinión, la vida humana por nacer²⁰). De igual forma, también es reprochable que la Corte tan sólo haya considerado la vida humana del *nasciturus* como un valor ético social o interés colectivo, es decir, como un bien jurídico distinto de un derecho subjetivo, a la hora de ponderar entre ella y los derechos fundamentales que los demandantes señalaban como vulnerados o amenazados con la penalización del aborto.

En efecto, aunque los ejemplos presentados por la Corte, arriba reseñados, demuestren que la vida pueda ser para el legislador penal alternativamente un bien o un derecho, éste no es un argumento suficiente para sustentar que, en el caso del tipo penal de aborto, el legislador

¹⁹ Por ejemplo, “el artículo 11 de la Carta señala escueta y perentoriamente que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. [Y] es difícil comprender la desprotección jurídico-penal del *nasciturus* en algunos casos y bajo ciertos supuestos que se sigue de la sentencia C-355 de 2006, atendiendo a que el artículo constitucional *no señala distinción de quiénes tienen derecho incondicionalmente a la vida*. Asimismo, [también resulta difícil sostener esta conclusión cuando] los numerosos tratados de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la vida del *nasciturus* [...]” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 197 y 198).

²⁰ En la misma Sentencia C-355 se reconoce que el *nasciturus*, la vida humana dependiente, “es un bien protegido por el ordenamiento constitucional [...]” y este es el motivo por el que se considera que “las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”. Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 10. Examen del caso concreto. 10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto”.

sólo quiso protegerla como un bien jurídico colectivo, es decir, como un interés, valor o expectativa general y no como un derecho subjetivo (y mucho menos que así lo quiso el constituyente primario) y que, por tanto, tan sólo debe ponderarse como tal a la hora que esa vida entre en conflicto con los derechos individuales fundamentales de otros sujetos de derecho.

Por lo tanto, el verdadero problema no está en considerar si la vida es a veces un bien jurídico y a veces un derecho constitucionalmente protegido, sino en determinar cuál es la naturaleza de la vida que busca proteger el tipo penal de aborto en razón del efecto que ello tiene al momento de hacer un ejercicio de ponderación²¹.

La necesidad y posibilidad de la ponderación es una herramienta de interpretación y un criterio de juicio comúnmente utilizado en materia de derechos fundamentales —esencia y pilar de las constituciones modernas—; la ponderación supone precisamente el reconocimiento de que dos derechos fundamentales, aun a pesar de su importancia y universalidad, pueden entrar en conflicto y que por eso puede necesitarse su ponderación, aunque siempre salvaguardando el núcleo esencial de ambos. Se trata, sin embargo, de una ponderación que, al menos en principio, se hace únicamente entre derechos —que en esa medida se entiende que no son absolutos— pero no entre derechos y bienes jurídicos, como pretende hacerlo la Corte Constitucional al “ponderar” los derechos fundamentales de la mujer que solicita abortar con el bien jurídico de la vida que “es” el *nasciturus*, a quien la Corte no reconoce el estatuto de sujeto de derechos²². Esto, pues, al menos en principio, los derechos fundamentales individuales deberían primar sobre todos los demás bienes jurídicos y derechos, de ahí su nombre²³.

²¹ Al respecto puede verse el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en donde se encuentra que “en su defensa del no nacido, la STC 53/1985 intentó blindar sus debilidades estableciendo [...] la equivalencia entre derechos y bienes jurídicos. Los derechos tienen como titular a una persona jurídicamente reconocida como tal; los bienes pueden merecer también protección jurídica, como ocurría con la vida del no nacido, lo que permitiría —al no reconocerlo como persona titular de derechos— tratarlo implícitamente como cosa de particular valía [...] La problemática viabilidad práctica de dicha equiparación acaba siendo cuestionada por la STC 212/1996, que niega a los bienes el ‘contenido esencial’ al que alude el artículo 53.2; otro tanto ocurre con la STC 116/1999, que [...] rechaza que la ‘dignidad de la persona’ del artículo 10.1 CE lleve consigo la reserva de ley orgánica, que sí se reconoce a ‘los derechos inviolables que le son inherentes’” (Ollero, 2006, pág. 61 y 62).

²² Así, en la misma Sentencia C-355 la Corte Constitucional afirma que “en la sentencia C-133 de 1994, [por ejemplo,] la Corte no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida” y esto lo pretende sentar como un precedente de la postura que, en últimas, se toma en la sentencia que aquí se analiza: que el *nasciturus* no es persona.

²³ En este mismo sentido, considero importante manifestar que también es mi postura que “si la vida deja de ser un derecho fundamental que el Estado asegure y proteja en todas las circunstancias y un bien constitucionalmente protegido, no se ve cómo ello no vaya a conducir a la llamada “pendiente resbaladiza”[,], sentando el precedente [necesario para que frente a] excepciones de menor apoyo

Sin embargo, aun cuando se reconozca que puede haber casos en que se presenten conflictos entre bienes jurídicos y derechos, o mejor, entre bienes jurídicos colectivos y derechos individuales, en todo caso resulta determinante para la legitimidad y justicia de la ponderación decir cuál es la naturaleza de los bienes jurídicos (en el sentido amplio del término²⁴) en conflicto y justificar esta caracterización.

En efecto, pueden presentarse casos en los que, por ejemplo, entran en conflicto el interés general con los derechos individuales, como sucede cuando se quiere construir una carretera que conviene al desarrollo económico nacional, pero se necesita que ésta pase por los terrenos de un particular que no tiene interés en la construcción de esta carretera y, por tanto, se niega a vender propiedades. En un caso semejante, el Estado podría verse obligado a tener que ponderar entre el interés general de toda la sociedad y el derecho de propiedad del ciudadano en cuestión, para así decidir si renunciar a construir la carretera por ese lugar o si, por el contrario, acude a la figura de la expropiación. Sin embargo, para una u otra cosa, el Estado tiene que determinar cuál es el interés general y cuál es el derecho individual que se encuentran en conflicto, pero esto no de acuerdo con su parecer o conveniencia, sino de acuerdo con la ley y la Constitución, en donde también se establece cuál es el mecanismo legal (la expropiación, por ejemplo) y cuál el fundamento constitucional (por ejemplo, que la propiedad es un deber social o que siempre debe primar el interés general) para resolver el conflicto.

Éste no fue el caso de la Sentencia C-355 de 2006, pues en dicha providencia la Corte adoptó —sin ninguna justificación— la postura según la cual el bien jurídicamente protegido por el tipo penal de aborto no es un derecho individual, el derecho a la vida del

sentimental y mediático pero para las cuales también se pueden esgrimir supuestos derechos [—] como los “sexuales y reproductivos”, la autonomía reproductiva o el deseo de la mujer de evitar convertirse en un instrumento útil para la procreación[— ...] el derecho fundamental y principio constitucional de la vida ceda y quede desprotegido mediante el llamado *juicio de ponderación*” (Garzón Vallejo, 2007, pág. 203 y 204).

De otro lado, comparto la opinión de quienes sostienen que es sorprendente e inaceptable, al menos a primera vista, que como fruto de una ponderación de intereses, o incluso de derechos, se pueda ‘legítimamente’ atentar contra derechos fundamentales.

²⁴ En el sentido amplio del término un bien jurídico es el “bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente (...)” y que, por tanto, “puede aparecer en las más diferentes formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (por ejemplo, aquél, la vida - éste, el honor), o como estado real (p. ej., la tranquilidad del hogar), o como relación vital (p. ej., el matrimonio o el parentesco), o como relación jurídica (p. ej., la propiedad, el derecho de caza), o aun como conducta de un tercero (p. ej., el deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). Luego, *bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones*”. (Welzel, 1976, pág. 15).

nasciturus, sino tan sólo un bien jurídico colectivo, un valor fundamental de interés general, y fue así como lo consideró a la hora de ponderar entre ella y los derechos fundamentales de la mujer que pueden verse afectados al permitirse o prohibirse el aborto, a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pero la ponderación que se requiere, o que al menos algunos pretenden que se haga para resolver el problema del aborto, no es entre los derechos de la madre y el bien jurídico colectivo de la vida que “es” el *nasciturus*, sino entre los derechos de la madre y los derechos del *nasciturus*; es decir, un test de proporcionalidad o alguna otra ponderación semejante que permita resolver un conflicto entre dos bienes jurídicos de la misma naturaleza. Para el caso del aborto, sin embargo, sólo puede hacerse una ponderación de este tipo cuando se le reconoce al *nasciturus* la condición de persona²⁵ y, por ende, cuando se le reconoce como sujeto de derechos²⁶; lo que no hace la Corte Constitucional colombiana, quien, aunque pretende no participar o resolver esta discusión, asume, injustificadamente, que el *nasciturus* no es sujeto de derechos y que por eso el Estado no protege en él un derecho sino tan sólo un bien jurídico colectivo, un valor o un interés general²⁷. Esto último, a pesar de que puede resultar completamente distinto ponderar entre el derecho a la vida de un sujeto y el derecho a la salud, al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía de otro, que ponderar entre los derechos de una persona con una mera expectativa o un interés general, pues en este caso el derecho *cierto* de un *sujeto real* claramente prevalece.

²⁵ Como dice Valdés: “una vez aceptada la idea de que el feto no es una persona, de manera natural se sigue la conclusión de que el aborto no es un acto homicida, y en este caso, que es (o puede ser) moralmente aceptable e incluso, a veces, recomendable” (Valdés, 2001, pág. 75).

²⁶ Valdés (2001), citando a Herrera Ibáñez, al explicar una de las posiciones respecto del aborto dice que “el derecho a abortar no es irrestricto cuando el feto ha alcanzado la etapa en que es digno de consideración moral. [Y que] cuando éste reúne los requisitos que se especifiquen para ser considerado digno de tal consideración, el problema del aborto podrá en ocasiones ser visto como el enfrentamiento de dos derechos, el del feto y el de la madre, a la vida”.

Precisamente por esta razón fue que la filósofa norteamericana Judith Jarvis Thompson, en “*Una defensa del aborto*”, intentó una novedosa defensa del aborto que parte del reconocer que decir que el *nasciturus* se hace persona en un momento determinado puede ser arbitrario y, por tanto, considerársele como persona desde el momento de su concepción, lo que, en su opinión, no deslegitime necesariamente el aborto. La réplica a esta postura, sin embargo, fue la que hizo John Finnis y que aquí ya ha sido citada, a la cual me adhiero completamente (Finnis, 1973, pág. 143).

²⁷ Dice textualmente la providencia aquí tantas veces citada: “puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida”. Sentencia C-355 de 2006. Sentencia C-355 de 2006. “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

3.2. ¿Qué es el *nasciturus*? ¿Es persona, individuo o sujeto de derechos? El problema de que la Corte evada esta pregunta.

Como sugiere Roger Wertheimer (Valdés, Comprender la controversia sobre el aborto, 2001, pág. 27), la pregunta fundamental en torno al problema del aborto no es qué valor otorgar a la vida del feto, sino cuándo comienza la vida, es decir, cuándo comienza una vida nueva e independiente, pero más exactamente, cuándo empieza a ser persona. La gran diferencia que hay entre las posiciones a favor y en contra del aborto, tiene como fundamento último el que para unos el feto es siempre (la denominada “posición liberal radical”) un *pars viscerum matris*, una parte del cuerpo de la madre, o al menos hasta cierto momento (“posición liberal moderada”) en las primeras etapas de gestación —se habla normalmente del primer trimestre—; mientras que para otros el feto es una persona desde el momento mismo de la concepción (“posición conservadora radical”) o desde que pueda moverse (Valdés, Comprender la controversia sobre el aborto, 2001, pág. 26), desde que tenga sistema nervioso o desde que sea capaz de sentir dolor (“posiciones conservadoras moderadas”). Esto quiere decir que para unos el *nasciturus* es persona desde que vive, mientras para otros no es persona sino hasta que está separado de la madre, o aun si vive, no por ello se hace persona²⁸.

²⁸ Reseñando algunas de estas posturas valga la pena mencionar la de Mary Ann Warren, quien considera que el término “humano” tiene dos sentidos distintos, y que frecuentemente no son distinguidos, de acuerdo con los cuales se hace es posible afirmar que “un feto es biológicamente humano (humano en el sentido genético), pero que ello no lo hace la clase de ser que tiene derecho a la vida. [Para ella, por lo tanto], son solamente las personas (aquellos que son humanos en el sentido moral) quienes tienen ese derecho [Y así] está mal matar personas, pero [...] si un ser humano no es persona entonces no tiene derecho a la vida y es o puede ser moralmente correcto destruirlo” (Schwartz, 1998, pág. 259). Mientras que Stephen Schwartz opina, desde el otro polo de la discusión, que “el aborto y el infanticidio son tan moralmente incorrectos como lo es matar un niño mayor o un adulto [...]” y que “un niño pequeño, ya nacido o en el vientre materno, *es* una persona, tanto como el resto de nosotros”, pues “lo que importa no es si algo puede funcionar como una persona (esto es, si puede razonar, si tiene un concepto de sí mismo, y así sucesivamente) sino si es una persona. [Así,] empleando un argumento de continuidad (la vida de una persona es un continuum singular, el tiempo en el vientre es simplemente la primera etapa de ese continuum), Schwartz (1998) argumenta que el ser dentro del vientre materno es una persona en acto y no una persona en potencia. Eso se confirma cuando se constata que un cigoto monocelular no es una persona en potencia sino una persona *no-funcional* en acto, cuya esencia es la misma que la de un adulto funcional” (Schwartz, 1998, pág. 257).

Joel Feinberg (1973), por su parte, considera que el concepto de persona tiene dos usos diferentes —aunque su uso en un sentido puro o estricto no sea muy usual—: el uso normativo de persona, propio de moralistas y abogados, según el cual ser persona “es tener derechos, o derechos y deberes, o al menos ser la clase de ser que puede tener derechos y deberes sin que se dé por ello un absurdo conceptual” (Feinberg, 1973, pág. 40); y el uso descriptivo o el concepto de persona propio del sentido común, de acuerdo con el cual “hay ciertas características, que son asignadas por una cierta convención firme del lenguaje de tal manera que el término general para cualquier ser que las posea es ‘persona’. Por ende, decir que algún ser es una persona, en este sentido, es comunicar cierta información sobre cómo es este ser [...]”, lo que significa, siguiendo al mismo autor, que “cuando usamos la palabra ‘persona’ en este sentido completamente descriptivo no estamos asignando derechos, deberes, o una elegibilidad para ciertos derechos o deberes, o ninguna otra característica normativa al ser que así se describe. Por mucho, tan sólo estamos atribuyéndole características que pueden ser un motivo para asignar derechos y

Sin embargo, como señala Arleen Salles, es importante aclarar que

“cuando se pone el acento en el tipo de entidad que es el feto, la discusión no se limita necesariamente a su desarrollo biológico. Más bien se plantea el tema de su estatus moral, de si pertenece a la comunidad de personas, es decir, si posee las características necesarias para ser considerado una persona, y por ende, para que se le atribuyan ciertos derechos básicos, entre los cuales está el derecho a la vida” (Salles, 2008, pág. 249).

Precisamente con motivo de esto último, cuando se trata de la discusión en torno a la penalización o despenalización del aborto, en el caso colombiano, debe entenderse que precisamente el aborto se ha penalizado y se penaliza, tal y como sucede en otros países del mundo, porque se considera que la conducta de aborto atenta contra un bien jurídico que el Estado debe proteger: la vida. Sin embargo, es fundamental establecer qué tipo de bien jurídico es la vida, si es un derecho o tan sólo un bien jurídico colectivo, pues de ello depende que sea o no legítimo el privilegiarla sobre los derechos fundamentales de otros (como los derechos de la madre).

Así, si se considera que el feto es persona, y por tanto, que es un sujeto de derechos (comenzando por el derecho fundamental a la vida), entonces es válido que el legislador considere que en todos los casos sus derechos priman sobre los derechos de la madre — dada su condición de vulnerabilidad e indefensión, por ejemplo— pues ello obedece a una

obligaciones” (Feinberg, 1973, pág. 41), tal como podrían ser el “ser consciente, tener un concepto y una conciencia de sí mismos, ser capaz de experimentar emociones, poder razonar y entender, tener la capacidad de hacer planes, actuar de acuerdo con los planes, y ser capaz de sentir placer y dolor” (Ibíd., página 43). Lo anterior, pues, para él, “las personas son conscientes; tienen un sentido de su propia identidad; tienen planes, metas y proyectos; experimentan emociones; son propensos al dolor, la ansiedad y la frustración; pueden razonar y negociar, y así sucesivamente [...] que la gente tiene valores e intereses, deseos y expectativas propias, incluyendo un interés en su propio futuro y un concepto personal de bienestar que no podemos asignar a los seres inconscientes o irracionales” (Feinberg, 1973, pág. 52). Por último, aunque no sea el objeto de este artículo discutir sobre el concepto de persona, sea suficiente con decir que la postura de Feinberg tampoco es del todo satisfactoria, pues si la esencia de la personalidad radica en tener estas características o capacidades en el presente, es decir, en *acto* y no en *potencia*, entonces sería necesario ponderar cada una de ellas en cada caso para establecer cuándo y en qué medida se es persona, dado que no se poseen cada una de estas características de la misma forma cuando se duerme, cuando se está bajo el efecto del licor o de una droga, cuando se está enfermo o cansado, cuando se es estúpido, e incluso cuando una persona está deprimido o cuando ha sido engañada, que cuando se está despierto y en sano juicio.

Así, si ser persona y tener conciencia es lo mismo, tendría que aceptarse, lo que parece contrario al sentido común, que se puede ser persona a veces y a veces no, o lo que es peor, que se puede ser parcial o relativamente persona. Si por el contrario se entiende que para ser persona basta con tener las características arriba enumeradas en potencia, entonces puede decirse que el *nasciturus* las tiene tanto como las tiene un niño recién nacido o como una persona que duerme.

ponderación entre derechos del mismo nivel o categoría²⁹ y no supone la violación del núcleo esencial de los derechos de la madre, pues ella no pierde completamente ni su cuerpo, libertad, salud, autonomía, vida³⁰, etc., por no realizarse un aborto. Si en cambio se

²⁹ Garzón, por ejemplo, dice que “uno de los principales fundamentos *ius-filosóficos* del tipo penal de aborto es que como el *nasciturus* o el concebido es un ser que ya existe, la penalización del aborto es una manera de reconocer su dignidad, tutelándole la vida al reconocerlo como ser humano y así protegerlo de las posibles agresiones que pueda sufrir. [Lo anterior pues] por su misma condición es un ser frágil, que requiere una mayor protección del ordenamiento jurídico en cuanto que por sí mismo –y esto obviamente mediante el recurso a las vías legales– no puede defenderse. [Esto quiere decir que] en la tipificación del aborto como delito, atinadamente incluido en las diferentes legislaciones penales dentro del apartado de los delitos contra la vida, el derecho positivo está reconociendo *prima facie* una realidad de tipo biológico y metafísico: la existencia de un ser humano cuya protección le es encomendada implícitamente por la sociedad y se constituye en elemento legitimador de su función” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 93).

³⁰ Aunque no son pocos los que, estando del lado más conservador o del lado más liberal respecto del debate frente al aborto, consideran que hay casos en que las mujeres pueden efectivamente perder su vida, cuerpo, libertad o autonomía como consecuencia de un embarazo, sin caer en la casuística y claramente reconociendo que, de hecho, hay casos en que una mujer pierde la vida por consecuencia directa o indirecta de un embarazo y otros en que el embarazo es un grave riesgo para su salud, considero que —al menos de una manera genérica— no es razonable afirmar que una mujer pierde absolutamente su libertad, salud, vida o autonomía solamente por estar embarazada. En efecto, ni siquiera creo que pueda decirse que una mujer que es violada y luego forzada a seguir con su embarazo haya perdido su libertad o autonomía, pues esto claramente supondría adoptar una concepción reduccionista y materialista de la libertad según la cual la única forma de libertad es la libertad física o material, lo que dejaría en una posición de absoluta esclavitud (o lo que es peor, sin dignidad) tanto a los presos como a muchas personas discapacitadas. En este sentido, comparto la posición de la profesora Claudia Forero, “quien ha demostrado que en ningún caso tiene mayor valor la decisión de la mujer respecto del derecho a la vida del no nacido, sino que éste reviste siempre mayor valía, dada la circunstancia de ‘negación directa, certera y eficaz de su derecho, en comparación con amenazas o circunstancias que podrían restablecer la situación de la mujer en todos los eventos de los patrones fácticos descritos’” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 206).

Con respecto a los casos en donde el embarazo representa un grave riesgo para su salud o para su vida (que cada vez son menores gracias al avance de las ciencias médicas), reitero que una cosa es aceptar como moral y legalmente legítimo que se adopten las medidas necesarias para salvar la vida de la mujer embarazada, así ellas conlleven a la producción de un aborto, y otra muy distinta afirmar que el ‘aborto terapéutico’ debe estar despenalizado o incluso que debe reconocerse como un derecho.

Por lo demás, como lo expusieron en su Salvamento de Voto a la sentencia C-355 los Magistrados Marco Gerardo Money Cabra y Rodrigo Escobar Gil, incluso el ‘aborto terapéutico’ no supera el test de proporcionalidad, pues si bien el objetivo de salvar la vida de la madre se ajusta a la Constitución y el aborto podría llegar ser una medida adecuada en caso de que se llegase a determinar que la muerte y extracción del feto llevaría al restablecimiento de la salud de la madre y a que desapareciera la amenaza contra su vida, así como una medida necesaria en caso de que no existiera otro tratamiento, medicamento o procedimiento alternativo, el aborto, en todo caso, no cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, dado que:

“El sacrificio o afectación de derechos del feto resulta superior al beneficio obtenido, que sería evitar el peligro de muerte de la madre. Pues el sacrificio de derechos del feto es el máximo posible que un ser humano pueda experimentar, si se tiene en cuenta que siendo la vida el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás derechos, su aniquilamiento no sólo desconoce ese primer derecho fundamental, sino todos los otros. Además, en este caso tal sacrificio se da con carácter de certeza, pues la acción médica que culmina con el aborto terapéutico es una acción directamente occisita encaminada a causar intencionalmente la muerte del ser humano no nacido. Frente a este sacrificio en grado de intensidad máximo, el beneficio obtenido es evitar el riesgo o amenaza de muerte de la madre, es decir de una muerte eventual o probable, mas no cierta. En otras palabras, frente a la eventual muerte de la madre se yergue la cierta muerte de su hijo, de modo que la ponderación de derechos acaba haciéndose a partir de

considera que el feto no es una persona, o al menos que no lo es sino hasta determinado momento del embarazo, entonces definitivamente resulta injusto y desproporcionado restringir sus derechos fundamentales para privilegiar lo que, al menos hasta determinado momento, no es más que un bien jurídico protegido distinto de un derecho.

Esta última parecería, sin embargo, la posición que tácticamente adoptó la Corte Constitucional colombiana cuando afirmó que

“dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana [estatuto que la Corte no le reconoce al *nasciturus*], mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”³¹.

Sin embargo, evitar esta discusión, como desafortunadamente lo terminaron haciendo tanto la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1973³², como la Corte Constitucional colombiana en el 2006³³, resulta perjudicial, pues la posición que se adopte con respecto a

una situación fáctica de riesgo de muerte de la madre, a la que se opone la situación fáctica de certeza de muerte del feto”. Sentencia C-355, Salvamento de Voto.

En resumen, el llamado ‘aborto terapéutico’ no supera el llamado test de proporcionalidad básicamente porque no hay una proporcionalidad estricta entre el sacrificio de derechos del feto (muerte segura) y los beneficios obtenidos en la órbita de los derechos de la madre (evitar un riesgo o amenaza de muerte, es decir, de una muerte eventual).

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

³² “No necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos entrenados en las respectivas disciplinas de la medicina, la filosofía y la teología son incapaces de llegar a un consenso, la judicatura, en este punto del desarrollo del conocimiento humano, no está en una posición desde la que pueda especular para responder” Harry Blackmun (ponente), Sentencia *Row VS Wade*, (Arthur, 1999, pág. 168). Traducción libre del autor.

³³ “Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”. Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

Para replicar a lo que sostiene en ésta cita y en la anterior, decido adherido o a la posición de Javier Gafo, quien afirma que “en la discusión pública sobre el aborto se tiende a dar un exagerado relieve a las opiniones expresadas por los biólogos o los médicos sobre el comienzo del derecho a la vida en el desarrollo embrionario. Parece como si existiese una expectativa, aunque no esté normalmente explicitada, de que son los científicos —del signo que sean— los que tienen la última palabra para aportar luz ética a toda esta discusión; como si fuesen ellos la máxima autoridad para dilucidar si estamos ante un ser humano o no. Sin embargo, el biólogo o el médico sólo nos aportan unos datos científicos neutros sobre el embrión o el feto en las diversas etapas de su desarrollo. Pero ya no es el científico, en el ámbito de su competencia, sino el hombre de ciencia que especula filosóficamente sobre los datos aportados por

ella resulta determinante para la decisión sobre cómo lidiar con el problema del aborto y decidir, por ejemplo, si este es o no (o en qué casos) un delito³⁴. Sin embargo, resulta todavía peor afirmar que no se toma una posición cuando posteriormente se decide con base en una posición determinada pero sin dar argumentos suficientes, como sucedió con la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-355 de 2006, en donde sin justificación alguna, ésta decidió tratar al *nasciturus* como una mera potencia o expectativa de vida y, por tanto, tan sólo como un bien jurídico general pero no como un sujeto de derechos.

En efecto, tras evitar la discusión de fondo, dice la Corte, a renglón seguido, que “más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva (...) de numerosas disposiciones constitucionales”³⁵, una afirmación que en principio parece correcta (además de garantista y proteccionista) pero que de fondo claramente supone o permite una ambigüedad que imposibilita una correcta ponderación como la que la Corte Constitucional pretendió hacer en su sentencia.

Así, aunque hoy esté claro para la ciencia que el *nasciturus* vive³⁶ y es una vida humana³⁷, un individuo³⁸, no afirmaré si eso ya lo hace o no “persona” —categoría metafísica y moral

la Biología o por la Embriología. En efecto, todo discurso ético sobre la problemática del aborto debe tomar, como punto de partida, las aportaciones científicas más complejas posibles sobre el desarrollo embrionario, pero después debe instaurarse una reflexión filosófico-ética —y en su caso teológica— que esté ya fuera del ámbito estrictamente científico” (Gafo, 2003, pág. 200 y 201).

³⁴ Así, por ejemplo, dice Valdés que “una vez aceptada la idea de que el feto no es una persona, de manera natural se sigue la conclusión de que el aborto no es un acto homicida, y en este caso, que es (o puede ser) moralmente aceptable e incluso, a veces, recomendable” (Valdés, Aborto y Personas, 2001, pág. 75).

³⁵ Sentencia C-355 de 2006, Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

³⁶ En efecto, como también lo afirmó contundentemente Gafo, “en todo caso, toda discusión ética que se plantee en relación con el aborto debe tomar, como punto de partida, tres hechos científicos incuestionables respecto del cigoto:

- Se trata de un ser vivo.
- Es biológicamente humano.
- Posee, en principio, la capacidad de dar origen a un recién nacido al que le atribuimos un derecho básico a la vida”.

(Gafo, 2003, págs. 200-201).

³⁷ Así se confirmó nuevamente con el descubrimiento completo del mapa genético humano. Sin embargo, ya en 1981 un subcomité del Senado de los Estados Unidos luego de numerosas consultas había concluido “la independiente y auténtica existencia del infante antes del nacimiento, como un ser vivo, es un asunto de ciencia objetiva (...)”. Subcommittee on Separation of Powers to Senate Judiciary Committee S-158, Report, 97th Congress, 1st Session, 1981. Así también lo reconocen no sólo quienes defienden el aborto, sino también los que lo practican, como es el caso de la presidenta de Plant Parenthood, la red de hospitales que practica el mayor número de abortos en los Estados Unidos, Fay Wattleton, de acuerdo con la cual: “cualquier pretensión de que el aborto no es matar es una señal de

que determina el que se pueda o no ser sujeto de derechos—, pero diré que este es un asunto que la Corte Constitucional tenía que analizar y resolver³⁹ de fondo para tomar una decisión sobre lo justo y ajustado a la Constitución que es penalizar o no el aborto.

La Corte Constitucional, sin embargo, aun cuando creyó, como citaba arriba, que esto último no le correspondía, en realidad sí tomó una de las dos posturas que existen en la discusión sobre el estatuto del *nasciturus*, pues en la Sentencia C-355 de 2006 sostuvo que “la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. [Afirmando que] la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. [Y estableciendo que] el ordenamiento jurídico, si bien es verdad que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”⁴⁰. Este argumento, al menos en principio, no parece satisfacer la seriedad y necesidades argumentativas de un debate de semejante envergadura⁴¹ como es el debate sobre el aborto, pues implica simplemente afirmar, de buenas a primeras, que el *nasciturus* no es persona humana.

nuestra ambivalencia, una señal de que no podemos decir sí, mata a un feto”, (Entrevista de Ms. Magazine).

³⁸ “El huevo fertilizado (...) constituye el primer estadio del individuo futuro” (Schroedinger, 1997, pág. 42).

³⁹ “El problema de la justificación moral del aborto parece suponer la solución previa de otro problema filosófico complejo, a saber, el de determinar qué es una persona o, dicho de otra manera, el de encontrar las condiciones que algo tiene para ser una persona” (Valdés, Aborto y Personas, 2001, pág. 69).

⁴⁰ Sentencia C-355, página 217.

⁴¹ En efecto, para la postura de la Corte, en mi opinión equivocada, ‘ser persona’ se convierte en una propiedad del individuo de la especie humana, que aparece sólo a partir de un cierto intervalo de tiempo, como si el embrión fuera sólo potencialmente una persona o una ‘persona potencial’, cuando en realidad es una persona humana, con potencialidades todavía no actualizadas. Esto equivale a decir que mientras para la Corte Constitucional al contemplar al feto es como si contempláramos un desarrollo ‘hacia el ser del hombre’, en mi opinión, respaldado por los criterios científicos expuestos, el feto, como vida humana dependiente, simplemente es una etapa más del desarrollo de un ser humano. Ver: Ollero (2006, pág. 33 y 34).

Por lo tanto, comparto la opinión de Andrés Ollero, en el sentido de que, aun cuando sea cierto que para la legislación civil colombiana el nacimiento es lo que determina la existencia de la personalidad jurídica, en mi opinión esto efectivamente no significa “que antes [de nacer, el feto] era sólo una cosa” (Ollero, 2006, pág. 33).

El hecho de que el Código Civil diga que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” (Artículo 90) no supone una constatación científica ni significa que ésta sea la realidad fáctica. Además, dado que allí mismo también se afirma que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” (Artículo 74), considerando que, como el mismo Feinberg lo admite, “el producto de un espermatozoide humano y un óvulo humano es, por supuesto, humano en sí mismo. [Y] ningún científico que se encontrara con sus cromosomas podría caracterizarlo como un felino, un canino o un equino (...) [pues] obviamente la especie a la que pertenece es la especie humana (...)” (Feinberg, 1973, pág. 73), considero que es contrario tanto a la lógica como a la evidencia fáctica sostener que el feto humano sólo se hace persona y sujeto de derecho al nacer y que antes no es otra cosa que el objeto de un interés general e interpretar que así quiso establecerlo el constituyente primario en la Carta Política de 1991.

3.3. ¿Sobre qué clase de protección de la vida hay o puede haber consenso?

La discusión sobre qué clase de bien jurídico es la vida o sobre si es o no un derecho subjetivo, es una discusión jurídica que responde a una concepción previa: la concepción moral y filosófica de que la vida, y sobre todo la vida humana, es un bien esencial para el hombre y la sociedad, y por lo tanto que debe protegerse. Sin embargo, puede discutirse, y se ha discutido en el pasado, cómo debe hacerse esto, así como también se discute si toda vida debe o no defenderse⁴². Sin embargo, esta discusión y su decisión corresponden al soberano, que en los modernos Estados Sociales de Derecho es la sociedad entera, la nación, quien sienta o debe sentar esta postura en la Constitución Política, y no sólo un sujeto o una institución particular.

La vida es, efectivamente, uno de aquellos bienes, derechos o condiciones, que todo sujeto exige que se respeten para poder formar parte de una sociedad, ya que para absolutamente todos los seres humanos, sin excepción, la vida supone una condición de la que dependen todos los demás derechos y libertades.

Sin embargo, la Sentencia C-355 también nos obliga a discutir sobre los sujetos y sobre el momento en que se tiene derecho a este bien fundamental, pues de acuerdo con su jurisprudencia, no todos los sujetos humanos o al menos, no todas las vidas humanas deben protegerse igualmente⁴³. Surgen entonces algunas preguntas: ¿cuándo supone la vida el

⁴² Así, por ejemplo, para algunos lo esencial es proteger una vida digna, y hay quienes asocian la dignidad con la libertad y la capacidad de autodeterminarse. Sin embargo, comparto que la opinión de acuerdo con la cual “si se establece, por ejemplo, que ser humano equivale a tener la capacidad de autodeterminarse, convirtiendo a la autonomía en fuente de la dignidad y no viceversa, no sólo no sería problemático el embrión, sino tampoco un tierno infante o un enfermo terminal. Si lo que nos haría humanos fuera, más bien, la capacidad de experimentar dolor o placer, volvería a quedar el embrión precoz fuera de juego, debiendo, sin embargo, recibir un trato digno –en abierta lucha con el especeísmo– animales de diversas especies”. (Ollero, 2006, pág. 50).

⁴³ Reitero aquí nuevamente que también es mi posición que una vez “establecida científicamente la pertenencia a una misma especie, toda propuesta de trato desigual resultaría inevitablemente sospechosa de discriminación” (Ollero, 2006, pág. 18). En el mismo sentido, “Massini-Correas señala una poderosa razón por la cual [debe existir] el derecho a la inviolabilidad de la vida como prefiere llamarlo en forma muy sugerente el profesor argentino, y es que <<nadie puede “tomar en serio” un derecho que está sujeto a la condición suspensiva de que el deudor pueda cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad>>, pues de lo contrario, la inviolabilidad de la vida se convierte en una mera pretensión, una súplica o ruego. La misma naturaleza del derecho a la inviolabilidad de la vida, hace que no admita grados, que se tenga o no se tenga, que no pueda tenerse un poco, y por ello no puede ser dejado por consideraciones de utilidad o conveniencia” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 104).

derecho a la vida? ¿Cuándo tiene derechos un ser vivo? ¿Quién tiene derecho a la vida y quién no?

Tras estas preguntas yace una discusión en que sin duda interesaría participar a todo aquél que desea pertenecer o ya hace parte de una sociedad, y en una sociedad democrática, una discusión tal tendría que resolverla toda la sociedad en conjunto. Pero, ¿sobre qué noción de vida o sobre qué forma de protegerla se lograría un mayor consenso? Si cada ciudadano o futuro ciudadano tuviera que formular una opinión sobre este punto y quisiera proteger su vida, ¿qué diría? Más allá de su origen o fundamento metafísico, religioso, científico o ideológico, ¿habría (o hay) más consenso sobre una visión según la cual la existencia de la vida basta para que exista el derecho a la vida o sobre una visión como la de la Corte, de acuerdo con la cual algunas veces la vida no es más que un bien jurídico distinto del derecho a vivir? Volveré a este punto posteriormente cuando evaluemos el concepto de consenso traslapado de John Rawls.

3.4. Límites y restricciones a la defensa de la vida. ¿Quién decide legítimamente el conflicto sobre el aborto?

En la Sentencia C-355 la Corte Constitucional afirmó que:

“determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*”⁴⁴.

Esta afirmación parece implicar un importante reconocimiento de las competencias del legislador –democráticamente legitimadas– y de sus propias limitaciones. Sin embargo, lo cierto es que en la misma sentencia la Corte Constitucional también afirma que, a pesar de lo anterior,

“los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el

⁴⁴ Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas⁴⁵.

Y este último, por tanto, es precisamente el criterio con el que la Corte legitima su juicio de constitucionalidad a la norma que penalizaba completamente el aborto y la ponderación a la que aquí ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, considero que la lógica de la Corte resulta problemática, pues lo cierto es que a pesar de la necesidad social del control constitucional, la sociedad no sólo necesita de la división de poderes y el respeto de las competencias, sino que específicamente ha puesto en el Congreso la función legislativa, pues entiende que su origen democrático y su función representativa le permite cumplir con el rol particular de constituyente derivado, características de las que, al menos en Colombia, no goza la Corte Constitucional. Por eso, corresponde al Congreso la función de recoger y representar la voluntad popular para, por ejemplo, diseñar las normas y tipos penales, mientras a la Corte Constitucional le corresponde vigilar que esa normatividad no contradiga la Constitución y el bloque de constitucionalidad, pero no de acuerdo con sus propias interpretaciones –y con poca justificación– sobre difíciles controversias morales sobre las que la sociedad no ha logrado acuerdos o que, existiendo, ella considera que deben revisarse, y mucho menos sin garantizar el suficiente y necesario debate democrático, como, a mi parecer, desafortunadamente sucedió en el caso de la despenalización del aborto.

En efecto, soy de la opinión según la cual

“si bien es cierto que la labor de garantizar la supremacía efectiva del texto normativo superior no es una tarea sencilla, podría señalarse que originalmente el papel del Tribunal Constitucional es secundario y modesto, pues su función consiste principalmente en asegurar la guarda y la supremacía de la Constitución Política. [En efecto] este mandato constitucional lo sitúa como un organismo que no es *autónomo* en términos absolutos, sino condicionado y ligado expresamente a las directrices del propio texto constitucional y a las funciones específicas que éste le señala” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 186).

⁴⁵ *Ibíd.*, página 125.

Por lo tanto, considero importante destacar que, contrariando la interpretación y la ponderación de la Corte, en la Constitución colombiana, como lo recuerda la profesora Claudia Forero,

“la vida goza de un valor superior frente a los demás derechos fundamentales (...) [lo que justifica que] en su consideración se recurra al método a priori de la jerarquización, el cual supone la demostración de que el ejercicio de un derecho de mayor valor debe prevalecer sobre el otro. (...) Tal jerarquización se apoya en dos fundamentos. Primero, el hecho de que en el enunciado constitucional de los derechos fundamentales, la vida es el derecho que encabeza a todos los demás en el capítulo uno. Segundo, que es un derecho que normativamente es inviolable, esto es, no susceptible de violación o vulneración por otros” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 202)⁴⁶.

Éstos son los fundamentos constitucionales que fueron desconocidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355, quien hizo suya una interpretación liberal radical excluyente. Esto permite cuestionar:

“¿es legítimo interpretar la Constitución sólo en términos liberales teniendo en cuenta que no toda la población se identifica con dicha filosofía política? [Y] más específicamente, [si] ¿es legítimo interpretar la Carta en términos específicos del liberalismo, los liberales kantianos? ¿No supondría esto una discriminación con aquellos que, por lo menos tienen reservas con la filosofía liberal y que se adscriben al conservadurismo, al socialismo, al anarquismo o a cualquier otra tendencia filosófico-política?” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006).

Esto último, pues considero que si la respuesta a esta última pregunta fuese negativa y, por tanto, que si admitiésemos que la Constitución tiene o puede tener una única filosofía o ideología política y que únicamente es legítimo interpretar la Constitución de acuerdo con ella, nos veríamos obligados a reconocer, siguiendo nuevamente a Garzón, una paradoja: que “una ideología de la libertad, que proclama el respeto de las diferencias y de la autonomía individual, se revela hostil a la propia libertad –de elegir otras interpretaciones y cosmovisiones como lecturas válidas de la realidad y así, se convierte en una suerte de tiranía ligera y silenciosa que margina a quienes la contradicen” (Garzón Vallejo, Un delito

⁴⁶Garzón hace allí alusión implícita al Artículos 11 de la Constitución, de acuerdo con el cual: “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, págs. 200-202).

Alguno podría discutir que, lejos de esto, el liberalismo tan sólo pretende evitar, para el caso del aborto, que se imponga a las mujeres que quieren abortar una concepción determinada sobre la vida y sobre el bien, pero que no pretende obligar a nadie a practicarse un aborto. Sin embargo, este argumento es válido tan sólo cuando se hace caso omiso de la discusión sobre el estatuto del *nasciturus* o cuando se considera que éste no es persona o sujeto de derechos, como lo hizo la Corte, pues si se aceptara que éste, además de un ser humano, es una persona y, por tanto, un sujeto de derechos, entonces se caería de su peso cualquier argumento liberal que pretenda justificar el aborto, dado que el *nasciturus* sería precisamente a quien se impondría una concepción o creencia –la posición pro-aborto– de la madre.

De otro lado, considero importante destacar, en primer lugar, que si la argumentación favorable al aborto supone una concepción de persona o de personalidad que excluye no sólo al *nasciturus* sino también a los infantes e incluso a otros seres humanos, como sucede con la postura de Feinberg, esto igualmente debe quedar claro y explícito en el debate público, y en segundo lugar, que si se evade la discusión sobre el estatuto del *nasciturus* y sencillamente se impone la postura que no le reconoce condición de persona, éste no es la única víctima de esta imposición sino que lo es igualmente la sociedad toda, quien (como podría ser el caso de la sociedad colombiana) con la penalización absoluta del aborto no sólo pretende proteger al *nasciturus* como un sujeto de derechos, y no sólo como un objeto del interés general, sino también hacerle un reproche e imponer una sanción a todo aquel que practique un aborto y no única ni exclusivamente a la mujer que estaba embarazada.

En efecto, la prohibición absoluta del aborto no se dirige únicamente contra la mujer sino también contra todo aquel que, contra la voluntad de ésta o logrando forzada o engañosamente su consentimiento, le practique un aborto. Explicitar esto es importante, pues someter el reproche social que subyace a la prohibición del aborto (el interés general que recae en la vida humana dependiente) a la voluntad o el deseo de la madre, cuando el mismo se recae no sólo sobre la madre que voluntariamente solicite un aborto sino también sobre la conducta de quienes se lo practiquen, con o sin su consentimiento, tampoco parece democrático. Además, admitir que el aborto no sea un crimen cuando la madre lo consiente incluso puede ser inseguro incluso para la misma mujer, pues bastaría con que

ésta —forzada, engañada o en cualquier situación de debilidad manifiesta— diera su consentimiento, para que la conducta de quien *destruyera* el feto que se desarrollaba en su vientre no tuviera sanción; y esto, paradójicamente, sólo ella lo podría advertir.

Así, considero que con la despenalización del aborto la Corte Constitucional colombiana se extralimitó en sus funciones e impuso una interpretación ideológica de la Constitución, pues con su decisión la Corte no sólo condenó una norma vigente originada en el constituyente secundario, sino que contradujo, o por lo menos impuso, una nueva interpretación de toda la tradición legislativa nacional, algunas normas internacionales⁴⁷, e incluso, de su propia jurisprudencia⁴⁸, de acuerdo con la cual la vida humana por nacer no es más que un bien jurídico de interés general que no necesariamente prima sobre los derechos individuales de la madre a la vida, salud, libre desarrollo de la personalidad y autonomía, y que en determinados casos tiene que ceder a la defensa de los mismos.

Algunos, sin embargo, podrían considerar que la Corte Constitucional es en realidad el único órgano legitimado para cerrar los conflictos en la interpretación constitucional y que en el caso de la despenalización del aborto la decisión de la Corte Constitucional buscó precisamente garantizar los derechos de una minoría, las mujeres embarazadas, a quienes en nombre de una moral particular se les había impuesto tradicionalmente una concepción moral del mundo. En el mismo sentido, se podría argumentar que la Corte tiene que velar también para que quienes tienen el poder, tanto económico como social, no tengan ventajas especiales en la discusión sobre los asuntos públicos, pues lejos de imponer un tipo específico de liberalismo, esto sería hacer respetar una verdadera democracia liberal, entendiendo por ésta un sistema político de pesos y contrapesos que tiene como fin primordial defender los derechos de los distintos grupos y no simplemente los de la mayoría.

Sin embargo, por lo que aquí ya se ha dicho considero que resulta válido replicar a esto que:

⁴⁷ Dice claramente el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

⁴⁸ En efecto, no son pocos los que consideran que “la sentencia C-355 de 2006 de la citada Corporación, desconoce el peso efectivo de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico patrio, ignora deliberadamente su propia jurisprudencia para el caso de la penalización del aborto que había sido sentada en la decisión C-133 de 1994 y en algunos fallos que también la ratificaron, y supone asimismo una hermenéutica de los derechos fundamentales que desconoce específicamente la letra y el sentido final del texto del preámbulo y del artículo 11 superior que consagran la protección de la vida humana —sin hacer distinciones derivada de su carácter inviolable” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 208).

“la vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. [Y que,] por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada”⁴⁹.

En este mismo sentido, es válido sostener que la interpretación de la Corte Constitucional no fue la más adecuada o conveniente, dado que hizo caso omiso de estas y otras verdades científicas y argumentos morales, que aquí ya se han señalado. Pero más allá de esto, la tesis principal de este artículo es señalar que si la discusión sobre el aborto en Colombia es tal que verdaderamente puede afirmarse que existe un grupo de personas con una concepción moral de vida, persona o derecho que se opone al aborto y que quieren imponérsela a quienes están de acuerdo con el mismo, o lo contrario, entonces la intervención de un órgano político democrático y representativo, y no hay otro que lo sea más que el Congreso de la República, es todavía más necesaria, para que allí se diera una discusión democrática abierta y participativa que permitiese llegar a un verdadero consenso sobre el tema.

Algunos podrían oponerse a esta postura aduciendo la existencia de casos en los que la intervención del Tribunal Constitucional, o quien haga sus veces, ha sido claramente más eficaz y garantista de los derechos humanos y de las minorías de lo que lo hubiese sido (o nunca lo fue) un Congreso, como el caso del ultimátum que dio a la esclavitud la Corte Suprema de Justicia americana. Otros podrían afirmar que mientras la constitución no sea taxativa con respecto a cuándo comienza la vida, cuándo se es persona o en qué casos se admite o no el aborto, la Corte está en la obligación y necesidad de decidir en una u otra dirección, al menos mientras el Congreso o el Constituyente Primario arriban a un acuerdo.

Sin embargo, ante estas posturas replico lo siguiente:

En primer lugar, aunque esto no responda al tema central de este artículo, es necesario reconocer que el aborto y la esclavitud guardan diferencias morales y fácticas importantes. Así, debe reconocerse que aunque uno y otro se tachan de inmorales por ser contrarios a la

⁴⁹ *Ibíd.*, página 199.

dignidad humana⁵⁰, lo cierto es que mientras uno es contrario a la dignidad básicamente por oponerse a la libertad y a todos los derechos que se derivan de ella, el otro es contrario a la dignidad humana porque, al terminar violentamente con la vida humana, hace que esta dignidad o que cualquier derecho se hagan imposibles. En este sentido, comparto la posición de Don Marquis, para quien “el aborto es, salvo cuando es posible en algunos casos excepcionales, seriamente inmoral, esto es, [está] en la misma categoría moral que matar un ser humano” (Don, 1999, pág. 196)⁵¹.

En efecto, el daño de la esclavitud, aunque es inmenso y muchas veces deja secuelas permanentes, es un daño que puede cesar y siempre es posible mantener la esperanza de la libertad. De otro lado, es un mal moral contra el que, al menos en muchos casos, una persona puede oponerse de alguna manera y combatir, en tanto que incluso quienes nacen esclavos pueden al menos intentar escapar o luchar por su libertad así mueran en el intento, ya que esta es una decisión que, aun en su condición, están en la capacidad de tomar. El aborto, en cambio, es moralmente reprochable por la misma razón que es reprochable un asesinato, y esto, básicamente, “no es ni [por] su efecto sobre el asesino ni [por] su efecto sobre los amigos y parientes de la víctima, sino [por] su efecto sobre la víctima (...)”. [En efecto,] matar está mal básicamente porque el asesinato causa sobre la víctima la más grande (o una de las más grandes) pérdida posible” (Ibíd.): perder el futuro. Una pérdida irreparable y definitiva que es igual tanto para el ser humano ya nacido como para el ser humano por nacer, pero contra la que éste último, además, no tiene ninguna defensa posible, pues es el más inocente de todas las creaturas.

Por último y lo que es todavía más importante, lo cierto es que ni siquiera citar una gran cantidad de ejemplos como el de la esclavitud es suficiente para contradecir un argumento contundente y es que “al juez constitucional no le compete determinar si la sociedad ha cambiado lo suficiente en algún aspecto medular como para tomar una decisión —jurídica que así deviene en decisión política, pues a quien le corresponde hacer este juicio es al gobernante, no al juez— y así darle una respuesta proporcionada. Hay que recordar que la base de la formación del funcionario judicial no gira en torno a dichos problemas, y por ello no puede exigírsele lo que sería muy pesado para sus hombros” (Garzón Vallejo, Un delito

⁵⁰ Aunque tampoco pretendo detenerme aquí en el concepto de dignidad humana, me parece pertinente citar como ejemplo la definición de dignidad de Margalit, para quien “la dignidad es la expresión del sentimiento de respeto que las personas sienten hacia sí mismas como seres humanos” (Margalit, 1996, pág. 51).

⁵¹ Traducción libre del autor.

que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 195).

No son pocas las razones para argumentar, por lo tanto, que la Sentencia C-355

“tampoco cumple con la carga argumentativa de demostrar que han cambiado las concepciones sociológicas respecto de la forma de entender y aplicar los valores, principios y reglas constitucionales involucrados en el asunto del respeto a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción, de manera que ciertamente pueda hablarse de un consenso social no mínimo sino máximo, respecto de la nueva lectura de la Carta en este punto” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 194).

Sin embargo, lo que aquí se destaca es que la Corte Constitucional no es el órgano democráticamente legítimo para decidir sobre un asunto tan trascendental como es el de cuál es la valoración de la vida humana, pues incluso los casos históricos en que las decisiones de un Tribunal Constitucional han favorecido grandes transformaciones sociales a favor de los derechos humanos no son un argumento suficiente para justificar que cada Corte Constitucional de turno, “fungiendo como analista social o sociólogo, [pueda interpretar] (...) la Constitución en una forma variable, desconociendo todo elemento de certeza previa” (Garzón Vallejo, Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto, 2006, pág. 196), como es el texto literal de la Constitución y la ley o su propia jurisprudencia, y aun a pesar de que su interpretación no tenga ningún soporte democrático ni permita el menor grado de seguridad jurídica.

De acuerdo con esto, también considero equivocada la postura según la cual la Corte Constitucional se encuentra en un tipo de encrucijada que le obliga a decidir la difícil controversia respecto del aborto, dado que no hay consenso político o claridad expresa en la Constitución.

En efecto, considerando los principios democráticos y liberales, no resulta válido admitir que, siempre que haya discusión o que no se encuentre suficiente precisión legal sobre un asunto público, cualquier poder o institución pública puede imponer su propia postura y mucho menos que el órgano llamado a interpretar la Constitución y a quien, como

consecuencia de ello, se ha otorgado el poder de limitar el alcance del legislador ajustando la ley a la Carta Política, pueda hacer que ésta diga lo que no dice y ponga un límite al legislador (al menos mientras esté vigente ese texto constitucional) que la Constitución no le impone, tan sólo porque se enfrenta a un asunto difícil, sobre el que no hay constancia de un acuerdo social suficiente y al que, en su opinión, no responde con suficiente claridad el texto constitucional.

Así, como conclusión, considero que si la controversia sobre el aborto resulta ser una discusión tan seria y radical como parece, y en la que se ponen en juicio nada más y nada menos que nociones como las de vida o persona, no parece que la Corte Constitucional sea el órgano democráticamente más legítimo para tomar una decisión definitiva, y mucho menos para cuestionar decisiones más representativas. La sociedad liberal debe ser una sociedad democrática, representativa, y constitucional, donde las cuestiones morales difíciles son resueltas por la sociedad entera en el debate político público y no por un número mínimo de votos después de una discusión donde se evita la esencia del asunto.

3.5. *La noción de vida digna*

La noción de persona suele venir acompañada de una noción de vida digna, lo que también sucede en el caso de la Sentencia C-355 cuando la Corte establece, al hacer su ponderación, que

“en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁵².

Estos son los criterios bajo los que la Corte determina de qué manera ponderar el derecho fundamental a la vida digna de la madre con el bien jurídico de la vida que representa el *nasciturus* en la Sentencia C-355. Estos criterios, parten de una noción de persona

⁵² Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal”.

determinada y es a esta “persona” a quien entiende la Corte que se debe garantizar el derecho a una vida digna. Sin embargo, esta noción de persona claramente excluye (Valdés, 2001, pág. 75) al feto, embrión o *nasciturus*, pues adopta la posición liberal más radical frente a este asunto, según la cual sólo es persona quien goza y es capaz de las libertades más preciadas para la teoría liberal, tal y como son la autonomía, la posibilidad de planear y decidir qué hacer con la propia vida, juzgar qué está bien y que está mal para uno mismo, etc. En efecto, de acuerdo con lo que se dice en la misma Sentencia C-355, “para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto [que dispuso el legislador] radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida”⁵³.

Así, para la Corte Constitucional,

“la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta”⁵⁴.

Con ese mismo sentido, al analizar el derecho internacional humanitario y específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Derechos del Niño –ambos parte del Sistema Universal de Derechos Humanos– en la C-355 la Corte consideró que el derecho a la vida “hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance de [los respectivos tratados...]”, pues en su opinión, en ellos se dejó a los Estados Partes “la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido [...]”⁵⁵.

⁵³ Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Con base en esto último la Corte concluyó que los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad “tampoco consignan expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus, titular del derecho a la vida”⁵⁶. Así, es esta conclusión la que permite a la Corte determinar que de ninguna manera “puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta [...]”, y que por el contrario, “es necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos”⁵⁷, tal y como entiende que sucede también dentro de la misma Constitución⁵⁸.

Bajo la noción de persona allí adoptada, sin embargo, sólo la madre, para el caso del aborto, puede ser persona y sujeta de derechos como el derecho a la vida digna⁵⁹. Pero esta posición, en mi opinión, no sólo debilita la posición de la Corte ya que supone adoptar una de las muchas posiciones o visiones omnicomprensivas posibles en el debate público, como es la posición de los demandantes⁶⁰, sino que todavía la debilita más en razón a que la Corte adopta esta posición sin ofrecer mayor argumentación e incluso contradiciendo sus propios propósitos, como ya se ha señalado antes. Lo anterior conduce a preguntar, por tanto, si tanto la noción de vida digna adoptada por la Corte como la noción de persona que ésta supone son las que han sido acordadas por la sociedad colombiana y las que se han querido

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Para Garzón, sin embargo, “la aseveración de la Corte para el caso de estudio puede ser desvirtuada incluso por medio del método de la ponderación [pues] siguiendo las pautas de éste método descritas por Robert Alexy [...] en ningún caso tiene mayor valor la decisión de la mujer respecto del derecho a la vida del no nacido, sino que éste reviste siempre mayor valía, dada la circunstancia de [...] negación directa, certera y eficaz de su derecho, en comparación con amenazas o circunstancias que podrían restablecer la situación de la mujer en todos los eventos de los patrones fácticos descritos” (Garzón Vallejo, *Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto*, 2006, pág. 206).

⁵⁹ En abierta contradicción con esto, comparto la opinión de Guardini para quien, aunque resulte válido decir que “persona significa capacidad para el autodominio y para la responsabilidad personal, para vivir en la verdad y en el orden moral, [sin embargo] la persona no es un algo de naturaleza psicológica, sino existencial. [Por lo tanto, considero que esta identidad] no depende fundamentalmente de la edad, o de las condiciones físico-psíquicas, o de los dones naturales, sino de su alma espiritual singular. [Por lo tanto, aunque] la personalidad puede estar desconectada, como sucede en la persona que duerme; sin embargo, ya existe una protección moral.

En general, es también posible que no se actúe porque faltan los presupuestos fisiológicos y psicológicos, como sucede en el caso de los locos y de los idiotas. Pero el hombre civilizado se distingue del bárbaro precisamente porque respeta también a la persona cuando se encuentra en semejante situación. También puede estar escondida, como sucede en el embrión; pero ya existe y con derecho propio” (Guardini, 2006, p. 4).

⁶⁰ Ver: Sentencia C-355 de 2006, “III. Demandas. 1. Demanda de Mónica del Pilar Roa López. Argumentos del derecho internacional de los derechos humanos”.

proteger en la Constitución, y de otro lado, si son las mejores y únicas nociones de vida y de persona sobre las que cabe un consenso público en una sociedad democrática⁶¹.

3.6. El interés estatal y el interés social en el problema del aborto

Aunque ello no tenga mayor efecto en su decisión, uno de los puntos en que la Corte no coincide con los demandantes es en su afirmación de que “la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo”⁶². Para la Corte, por el contrario, “la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”⁶³. Es esta razón, como se ha dicho anteriormente, por la que la Corte considera que, más allá de la discusión de si el feto es o no persona humana, su vida es un asunto de interés público que el Estado está llamado a proteger, pues así lo quiso el constituyente primario.

Sin embargo, el asunto es nuevamente cómo debe el Estado proteger esta vida y es respondiendo a esta pregunta que la Corte señala que ello debe hacerse sin violentar o desconocer otros derechos, es decir, reconociendo que éste bien jurídico que es la vida humana no tiene carácter absoluto, sino que por el contrario, puede entrar en conflicto con otros derechos o bienes jurídicos relevantes, ya sean del mismo o de otro sujeto. Así, la Corte considera que la protección de la vida no puede exigir el sacrificio irrazonable o desproporcionado⁶⁴ de otros derechos, lo que en su opinión sucede cuando, buscando proteger el bien jurídico de la vida, se restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer penalizando completamente el aborto. Para la Corte, por tanto, derechos como la vida digna o el libre desarrollo de la personalidad, suponen límites a la potestad de configuración del legislador⁶⁵ y exigen por tanto una ponderación previa de los

⁶¹ Lo anterior, a pesar de que en un sentido contrario a esto, considero que “el respeto del hombre en cuanto persona [lo que está en juego en el debate sobre el aborto] es una de las exigencias que no admiten discusión” (Guardini, 2006, p. 4).

⁶² Sentencia C-355 de 2006, “III. Demandas. 1. Demanda de Mónica del Pilar Roa López. Libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad”.

⁶³ Sentencia C-355 de 2006, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 10. Examen del caso concreto. 10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto”.

⁶⁴ Ver: *Ibid.*, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

⁶⁵ *Ibid.*, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte. 8. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal”.

derechos o bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto, cuyo defecto debe subsanar el juez constitucional.

Pero en la Sentencia C-355 la Corte se abrogó esta función de control constitucional posterior aun cuando el legislador había realizado ya efectivamente dicha ponderación — como lo evidencia el hecho de que en el Código Penal se hubiese atenuado la sanción del aborto en consideración de algunos derechos de la madre entre los que podrían encontrarse los arriba mencionados⁶⁶— y finalmente la Corte rechazó su decisión de penalizar el aborto en todos los casos, argumentando que:

“Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos⁶⁷”.

⁶⁶ Ante este argumento alguno podría replicar que una cosa es atenuar la pena de una conducta y otra muy distinta es justificarla o considerarla ajustada a derecho. Con base en esto, se diría que una cosa es librar a la mujer que aborta en uno de los casos excepcionales contemplados por la Corte y otra muy distinta someterla a pasar por un proceso penal e incluso imponerle una pena (aunque atenuada) a pesar de que se encuentre en uno de estos casos excepcionales. Sin embargo, aunque esta posición parte de una distinción real de la teoría del derecho, plantea una conclusión equivocada y tiene una intención que precisamente contradice la división de poderes. Aunque atenuar y justificar o “despenalizar” una conducta sean cosas distintas, lo cierto es que aun cuando se comete una conducta justificada o incluso cuando se obra completamente dentro del derecho y/o la moral, siempre será posible que uno deba someterse a un proceso judicial, pues este es el procedimiento por medio del cual se resuelven conflictos jurídicos en un Estado de Derecho. De otro lado, si el legislador considera que tan sólo debe atenuar la pena que se impone a quien cometa determinada conducta, pero no justificarla o dejar de considerarla antijurídica, esto es porque considera que, aun en esos casos excepcionales, la conducta sigue siendo moral y socialmente reprochable, por lo que debe investigarse y castigar, si es el caso, a quien la comete o promueve, que es precisamente lo que los liberales favorables al aborto pretenden evitar —dejando que todo reproche contra quien comete un aborto desaparezca con la sola intención de la mujer de abortar—. Si la conducta todavía se considera típica, entonces quién debe y puede decidir si ella es antijurídica y culpable en el caso concreto es un funcionario judicial (un tercero imparcial debidamente formado para ello) pero no el (o uno de los) sujeto activo de la misma, pues ello dificulta el imperio de la ley y resta sentido a la existencia de los jueces.

⁶⁷ *Ibid.*, “VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte.10. Examen del caso concreto. 10.1. La inexequibilidad de la prohibición total del aborto”.

Contradiciendo esta argumentación, sin embargo, considero que es posible cuestionar que el derecho a decidir si estar o no en embarazo es un derecho fundamental, en lugar de una de las manifestaciones de otros derechos fundamentales como la autonomía, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad. Esto resulta esencial pues, en mi opinión, contrario a lo que considera la Corte, este parecería ser el único “derecho” que se ve totalmente privado de contenido cuando se prohíbe completamente el aborto⁶⁸. Sin embargo, aunque la autonomía, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad no son derechos en abstracto, sino que expresan tipos de acción posible, entre los que podría incluirse la decisión sobre la propia sexualidad, y así, la decisión de estar o no embarazada —y este es precisamente el fundamento del tipo penal de acceso carnal violento y de otros tipos penales relacionados—, de ello no necesariamente se desprende que tener o no un hijo sea un derecho de la mujer.

Por el contrario, es razonable sostener que la madre en realidad no tiene derechos “sobre” el *nasciturus* dado que éste no es una parte de su cuerpo⁶⁹ y que contra él no

⁶⁸ Alguno podría sostener que, al menos en los casos en que el embarazo resulte de una violación, un incesto o una inseminación artificial no consentida, resulta injusto y desproporcionado someter a la madre a un proceso penal y mucho más condenarla a una pena de prisión. Aunque se estuviera de acuerdo con este argumento, considero relevante explicar que esto no implica necesariamente que el aborto sólo deba estar parcialmente penalizado, pues tal y como sucedía en el caso del Código Penal colombiano antes de la Sentencia C-355 de 2006 (Ver artículo 345 del Decreto 100 de 1980 y texto original del artículo 124 de la Ley 599 de 2000), el legislador ya había contemplado para el aborto algunas causales de atenuación punitiva, entre las que se encontraban precisamente aquellas que suponen atentar contra el consentimiento de la mujer, e incluso había dejado abierta la posibilidad para que el juez no impusiera pena alguna cuando el aborto se produjese en condiciones extraordinarias (ver: artículo 124 original, párrafo), sin tener por ello que renunciar a la penalización general del aborto y mucho menos sin tener que legalizarlo. Aun así, incluso cuando, como sucede en el caso colombiano luego de la Sentencia C-355, “en determinadas circunstancias se despenaliza el delito [...]” esto “no significa que la norma que protege el derecho a la vida haya dejado de estar vigente [...]” y que el aborto se haya legalizado, como equivocadamente lo ha sostenido la Corte en las últimas sentencias de tutela que ha dictado sobre el asunto (ver: Sentencias T-209 y T-388 de 2009), el Ministerio de Protección Social (ver: Decreto 4444 de 2006) y la Superintendencia Nacional de Salud (ver: Circular externa No. 58 del 27 de noviembre de 2009), entre otras, sino “lo que sucede es que en ciertos casos las circunstancias modifican o eximen la responsabilidad del sujeto, pero la acción continúa siendo delictiva” (Vila-Coro, 2001).

De otro lado, afirmar que en el caso colombiano la existencia de estos casos extremos era lo que hacía que la Corte Constitucional se encontrara, a la hora de resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el tipo penal de aborto, frente a una encrucijada que le obligaba a tomar alguna postura, no es acertado, pues tal y como se afirma en el párrafo anterior, el legislador ya había realizado no sólo una ponderación, sino que incluso ya había contemplado algunas soluciones para casos como estos. Así, frente a estos la Corte Constitucional no estaba ni en la condición ni en la necesidad de intervenir y no debía hacerlo, sobre todo cuando su intervención no sólo limita al legislador en el presente, sino que le impide volver a realizar una ponderación sobre este asunto y decidir cómo resolver el asunto de una manera ajustada a la política criminal, pues la sentencia C-355 de 2006 implica que no podrá volverse a penalizar el aborto para estas situaciones, al menos mientras esté vigente el mismo texto constitucional, pues este es precisamente uno de los efectos de una sentencia de constitucionalidad.

⁶⁹ Lejos de ser esto cierto, y como lo sostiene Guardini, “el ser humano que madura en el seno materno no es, de ninguna manera, un apéndice (excrecencia) del tipo que sea, cuya extracción tan sólo puede resultar beneficiosa: está profundamente unido a todo el ser de la mujer y al “ethos” de su existencia. La madre se orienta, en cuerpo y alma, hacia la criatura no nacida, preparándose a la inminente maternidad. Por tanto,

pueden iniciarse con la misma legitimidad las mismas acciones de defensa⁷⁰ que pueden ejercerse contra un tercero que atentara contra su libertad o contra su cuerpo. Lejos de esto, desde el punto de vista científico el *nasciturus* es un ser humano distinto a su madre; desde el punto de vista moral, es un ser inocente; y desde el punto de vista jurídico —como incluso se ha reconocido en algunos tratados internacionales de derechos humanos— necesita “*protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”⁷¹ y sus derechos “*prevalecen sobre los derechos de los demás*”⁷².

Así, una vez más es pertinente preguntar hasta dónde llega la competencia de la Corte Constitucional y si es tan amplia como para poder invalidar la ponderación realizada por el legislador e incluso, en cierto sentido, por el mismo constituyente, especialmente cuando lo hace sobre nociones e interpretaciones propias⁷³ que además carecen de un respaldo democrático.

A partir de lo anterior, se puede concluir que la protección del derecho o bien jurídico de la vida es de interés público y supone un ejercicio racional de ponderación, por lo que una vez más es legítimo no sólo reprochar a la Corte el haber dejado de enfrentar el debate sobre la

la intervención interrumpe un desarrollo que conforma (impregna) toda la vida física, espiritual y caracterológica de la madre”. Profundizando todavía más en esto, incluso desde un punto de vista teológico, el mismo autor afirma que “el hijo no es simplemente ‘cuerpo de la madre’ [...] sino que es un hombre en desarrollo. En esta realidad de hecho se expresa la esencia más íntima de la maternidad y, con respecto a ella, la esencia de la femineidad en general. Ser madre no significa ‘producir vida’: también los animales hacen esto; sino ‘dar la vida a un hombre’. Y un hombre es una persona, primero de todo como dormida y después, despertándose lentamente. De este modo, en inmediata relación con la madre, crece un ser que, formándose, se sustrae a ella siguiendo la propia determinación interior. En eso reside la grandeza y también el elemento trágico de la maternidad. El hijo está tan íntimamente unido con la madre, que forma con ella un único ámbito de vida. Sin embargo, no se disuelve en ella sino que está, simultáneamente y desde el primer momento de su vida, en inmediata relación con la existencia, con las normas absolutas [...]”. A partir de lo anterior, concluye que “la madre no es la dueña de la vida en desarrollo, sino que ésta le es confiada a su custodia. Así pues, sustancialmente, no tiene sobre ella mayores derechos de los que tenga —por la misma causa— cualquier ser humano sobre otro ser humano”. (Guardini, 2006, págs. 3-5).

⁷⁰ Sobre este punto, el mismo Guardini señala precisamente que “no es lícito destruir la vida del ser humano que madura en el seno materno, puesto que no ha cometido ningún delito ni ha puesto a otro hombre en situación de legítima defensa” (Guardini, 2006, pág. 1).

⁷¹ Declaración de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

⁷² Constitución Política de 1991. Artículo 44.

⁷³ La Corte, en efecto, hace su propia ponderación, luego resulta pertinente concluir, junto con Ollero, que “se ha roto ya toda simetría, con lo que nos alejamos de una ponderación propiamente jurídica. El problema no deriva tanto de los elementos a ponderar como del muy débil concepto de derecho al que se ha recurrido. Si un derecho no es sino un mero deseo individual considerado aceptable por los demás, no será su titular sino los demás quienes estén en condiciones de marcar la frontera entre un verdadero derecho y un capricho descartable” (Ollero, 2006, pág. 44).

condición o estatuto moral de persona del no-nacido, sino también cuestionar si ella es el órgano competente para realizar el ejercicio de ponderación descrito.

3.7. Una ponderación de cosas distintas. La falacia de la sobre-generalización de la Corte. La confusión entre la restricción y la negación absoluta de los derechos.

Profundizando un poco más en el ejercicio de ponderación realizado por la Corte, cabe destacar que ésta se equivocó al ponderar los derechos fundamentales de la mujer con lo que ella consideró tan sólo como un interés general o colectivo, el bien jurídico de la vida, un error del que resulta lógico que la Corte hubiese decidido privilegiar los derechos de la mujer y a que hubiese concedido la razón a los demandantes.

Sin embargo, este error, en mi opinión, además de suponer una posición injustificada sobre el estatuto del feto, hace imposible ponderar entre dos bienes jurídicos y velar por la salvaguarda del núcleo esencial de ambos, pues si se hubiese considerado que el *nasciturus* efectivamente tiene derecho a la vida y fuese su derecho el que se hubiese ponderado con los derechos de la mujer embarazada, en ninguno de los supuestos contemplados por la Corte Constitucional (aun cuando, como ya se ha dicho antes, es moral y jurídicamente legítimo intervenir el cuerpo de la madre procurando propiciarle salud a pesar de que ello pueda conllevar a un aborto) podría considerarse una opción legítima, pues el aborto siempre implica la anulación absoluta del derecho a la vida del ser humano por nacer.

Así, luego de una discutible interpretación del artículo 4.1 del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en donde entiende que de las afirmaciones de acuerdo con las cuales “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) en general, a partir de la concepción” y “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” tan sólo puede predicarse una obligación genérica de protección de la vida humana en gestación, pero no una obligación particular; la Corte pretende hacer una ponderación objetiva y garantista entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico de la vida, al reconocer que ni uno ni otro son absolutos, pero no se percató de que, al hacerlo, le niega completamente la posibilidad de que el feto tenga derecho alguno, pues le desconoce completamente el estatuto de persona.

Además de lo anterior, debe decirse que el ejercicio de ponderación de la Corte también se equivoca al confundir la “restricción” con la “anulación”, negación o el vaciamiento de los

derechos, pues a partir de la interpretación de la Corte —según la cual una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos equivale a la anulación de los derechos fundamentales de la mujer y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección⁷⁴— debería concluirse que con la sanción general del delito de homicidio, por ejemplo, se están limitando absolutamente algunos derechos de otros individuos, como es el caso de los derechos de libertad, tránsito, libre desarrollo de la personalidad o autonomía.

Contrario a esto, lo cierto es que limitar o restringir un derecho, si bien únicamente debe hacerse con el objeto de privilegiar o proteger otro derecho, no equivale a anularlo absoluta o completamente, lo que significa que se equivocó la Corte al considerar que la penalización absoluta del aborto supone la violación de los derechos a la autonomía, la libertad, la vida digna, la vida o el libre desarrollo de la personalidad, pues lo cierto es que una mujer no pierde ninguno de estos derechos al proseguir con un embarazo ni siquiera en los casos especiales para los que se “despenalizó” el aborto, exceptuando el extraordinario caso⁷⁵ en que se pone en grave riesgo la salud de la madre —caso para el que de todas maneras ya se hacía posible que el juez prescindiera de la pena en la legislación penal que se encontraba vigente—⁷⁶.

De hecho, contrario a lo que cree la Corte, por ejemplo, cuando supone que el no considerar el consentimiento de la mujer al prohibir el aborto implica anular totalmente sus derechos a la libertad, dignidad autonomía o libre desarrollo de la personalidad, y aunque ello no deje de ser discutible, en mi opinión, el único derecho, o mejor, la única libertad que verdaderamente parece anularse por completo cuando se impone a una madre dar a luz al

⁷⁴ Este argumento, por lo demás, sólo puede proponerse para intentar justificar el aborto cuando el embarazo es fruto de una violación o representa un riesgo para la madre, pero que no ofrece ningún sustento del aborto para los casos de incesto o grave malformación del feto sobre los que la Corte no explicó, ni siquiera de manera sucinta, cómo ponen en riesgo los derechos de la madre.

⁷⁵ Ver: Sentencia C-355 de 2006, “IV. Intervenciones 4.1 Cuaderno Principal. 4.1.8 Intervención de la Academia Nacional de Medicina”.

⁷⁶ En efecto, el texto original del artículo 124 del texto original de la Ley 599 de 2000 (antes de la sentencia C-355 de 2006) establecía que:

“La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PARÁGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

hijo que espera, es la de poder decidir sobre su propio embarazo; sin embargo, esta libertad o derecho no agota ningún derecho fundamental en su totalidad⁷⁷.

Alguno podrá oponerse a esta posición a partir del caso en que una mujer ha sido violada y gravemente humillada, sin embargo, creo que racionalmente resulta difícil decir que a una mujer en estas condiciones se le ha negado completamente su dignidad. De hecho, aún cuando se concediese, en gracia de discusión, que en un caso muy particular efectivamente a una mujer se le pueden haber vulnerado con una violación todos sus derechos, esto no es una justificación suficiente para legitimar el aborto pues, en justicia, no se puede atentar contra la vida del *nasciturus* argumentando una legítima defensa que en derecho sólo puede ejercerse contra un agresor injusto. En segundo lugar, resulta difícil sostener que un aborto puede ser una alternativa para la mujer que ha sido víctima de una violación, pues además de injusto, el aborto en todo caso siempre será también traumático para la mujer y este nuevo trauma definitivamente no disminuye ni atenúa el intenso dolor que pudo haberle causado su violación.

Por el contrario, es posible ofrecer a la mujer una mejor alternativa, como es perseguir al violador e imponerle el correspondiente castigo, poner a su alcance todos los medios posibles para que obtenga una reparación física y psicológica del daño causado, atender y acompañar debidamente su embarazo, e incluso hacerse cargo de su hijo, ofreciéndole una vida digna.

⁷⁷ En efecto, aunque las promotoras del aborto pretendan que “el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo” se reconozca como un “derecho fundamental” y consideren que “esa es la forma en que debería estar recogido en todas las acciones que el Estado adopta para su garantía” —como recientemente lo manifestó Claudia Gómez, representante de la Mesa por la Vida y Salud de las Mujeres en Washington dentro del 138° Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el pasado 23 de marzo de 2010—, el aborto, al menos en la legislación colombiana, sigue siendo un delito y no un derecho. Sin embargo, que se intente desconocer esta verdad pone en evidencia que, al mismo tiempo que se hace una distinción que no está expresa en la Constitución para exigirle excepciones a la ley penal, se dice que no pueden reconocerse derechos al *nasciturus* que la Carta Política no consagra literalmente en la Constitución y se pretende que se reconozca como derecho fundamental lo que el legislador consagró como un delito, lo que el constituyente prohibió tácitamente al proclamar la inviolabilidad de la vida y lo que el pueblo soberano en ningún momento ha acordado en el debate democrático.

4. Análisis de la justicia del procedimiento, los argumentos y la decisión de la Corte a la luz de la teoría del liberalismo político de John Rawls.

Hasta ahora hemos presentado la manera y las razones con las que se “despenalizó” el aborto en Colombia y hemos intentado presentar algunas inconsistencias en la argumentación de la Corte Constitucional a partir de las nociones fundamentales que se encuentran en el fondo del debate sobre este aporte.

En esta tercera y última sección del artículo pretendo analizar la Sentencia C-355 de 2006 a la luz del liberalismo político de John Rawls, comenzando por su concepto de razón pública y la relación que éste tiene o puede tener con las decisiones de la Corte Constitucional, para luego pasar al concepto de agente moral y a la idea de consenso traslapado. Esto pues, en mi opinión, la obra del filósofo-político norteamericano constituye uno de los esfuerzos más completos por legitimar el poder político a partir de la construcción y el recto funcionamiento de instituciones democráticas. Mi propósito con esta sección conclusiva es demostrar que la Sentencia C-355 de 2006 no se fundamenta en la razón pública y hace una interpretación que parte de una concepción de persona que no se fundamenta ni permite que se alcance un consenso traslapado.

4.1. La razón pública en una sociedad democrática

Antes de comenzar con esta tercera parte del artículo es importante advertir que al explicar la idea de la razón pública, en la Conferencia VI del “Liberalismo Político”, en un primer momento Rawls mismo se inclina por la idea de que el aborto debe ser legal en los primeros tres meses de embarazo en privilegio del valor o el derecho del que goza la mujer a que se le dé un trato igual al que se da a los hombres, entre otros (Rawls, 2002, pág. 230 y 231); postura que luego relativizó considerablemente diciendo que, sobre el aborto, “*yo no digo el argumento más razonable o decisivo. Yo no sé ese cuál sería, o siquiera si existe*” (Rawls, 1999, pág. 1181). Sin embargo, en esta parte del presente artículo no pretendo criticar o cuestionar la manera con que Rawls justifica esta postura, sino más bien, atender a algunos de sus conceptos y nociones políticas, fundamentalmente los de razón pública y consenso traslapado, para desde ellos aproximarme a lo que una decisión como la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional puede significar para la sociedad colombiana, como una sociedad democrática y liberal.

Sin embargo, la mención de Rawls al tema del aborto, aun cuando no determinante, sugiere ya que para él este tema sí hace parte de lo político, lo que no debe sorprender dado que la discusión sobre el aborto, como aquí ya se ha dicho antes, tiene por objeto una cuestión fundamental que interesa a todos los miembros de la sociedad, pues versa sobre uno de los más importantes derechos fundamentales –el derecho a la vida–, sobre el que, según el presente debate parece indicar, las sociedades occidentales todavía no han alcanzado un consenso suficiente.

El punto de partida del análisis de Rawls es la cuestión de cómo conciliar las distintas concepciones morales y políticas dentro de una sociedad pluralista. Su reto es precisamente mantener este pluralismo⁷⁸. Su objetivo, por tanto, es el pluralismo de las sociedades liberales, un pluralismo que él quiere mantener, dado que lo considera razonable en tanto excluye el uso de la fuerza como argumento político válido, pero que cree que no impide que cada uno deje de lado los argumentos de su propia visión omnicomprensiva. Así, Rawls aboga por la construcción de una sociedad con argumentos razonables a los que todos pueden acceder.

En efecto, a la pregunta sobre cuándo pueden los ciudadanos, por medio del voto, ejercer propiamente un poder político coercitivo sobre los otros cuando las cuestiones fundamentales están en juego, el liberalismo político de Rawls responde:

“nuestro ejercicio del poder político es propia y consiguientemente justificable sólo si se realiza de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyas esencias pueda razonablemente presumirse de todos los ciudadanos a la luz de principios e ideales admisibles por ellos como razonables y racionales. Este es el principio liberal de legitimidad” (Rawls, 2006, pág. 5).

De lo anterior se colige que para Rawls es posible alcanzar un consenso sobre aquello acerca de lo que razonan los ciudadanos, que tenga que ver con el bien público y la justicia, cuya naturaleza y contenido todos conozcan, y en donde se refleje la concepción de la justicia política de toda la sociedad; es decir, un consenso sobre la razón pública (Rawls, 2002, pág. 204).

⁷⁸ En efecto, el mismo “Rawls describe su *Teoría* como un intento por generalizar y llevar a un orden superior de abstracción la teoría tradicional del contrato social como fue presentada por Locke, Rousseau y Kant (*Teoría de la Justicia*, página viii). Esta idea tradicional es que la constitución política y las leyes son justas cuando *pueden* ser acordadas por personas racionales y libres desde una posición de igualdad de derechos e igualdad de jurisdicción” (Freeman, 1999, pág. 3). Traducción libre del autor.

Ahora bien, de acuerdo con el autor,

“en una sociedad democrática la razón pública es la razón de ciudadanos en pie de igualdad que, como cuerpo colectivo, ejercen el poder político final y coercitivo unos sobre otros, al poner en vigor las leyes y al hacer enmiendas a su Constitución. El primer punto importante es que los límites que impone la razón pública no se aplican a todas las cuestiones políticas, sino sólo a aquellas que implican lo que podemos llamar ‘elementos constitucionales esenciales’ y cuestiones de justicia básica (...). Eso significa que sólo los valores políticos han de resolver tan fundamentalmente cuestiones como: quién tiene derecho a votar, o qué religiones se habrán de tolerar, o a quién se asegurará la igualdad de oportunidades, o la tenencia de propiedades. Estas y otras cuestiones semejantes constituyen el objeto especial de la razón pública” (Rawls, 2002, pág. 205).

Para Rawls, por lo tanto, la razón pública es la razón propia de un pueblo democrático, pues la define precisamente como la razón de los ciudadanos –quienes para el autor comparten una posición de igual ciudadanía–. El objeto de esta razón pública, según Rawls, es el bien público, y entiende éste último como aquello que la concepción política de la justicia demanda a la estructura institucional básica de la sociedad y a los propósitos y fines a los que las instituciones públicas deben servir. Así, la razón pública, resulta “pública”, para Rawls de tres maneras: “como razón de los ciudadanos en cuanto tales (...)”, como razón cuyo “objeto es el bien público y [las] cuestiones de justicia fundamental (...)” y como razón cuya naturaleza y contenido es público, pues “está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad, ideales y principios desarrollados, sobre esa base, de un modo abierto y visible” (Rawls, 2006, pág. 6).

De otro lado, Rawls considera que “los límites impuestos por la razón pública no rigen para todas las cuestiones políticas, sino sólo para aquellas que implican lo que podríamos llamar «esencias constitucionales» y cuestiones de justicia básica” (Ibíd.), y entre éstos considero que podríamos incluir también como un elemento constitucional esencial, sin mayor dificultad, el derecho a la vida⁷⁹ (o la posibilidad de vivir⁸⁰). En mi opinión, al

⁷⁹ Se trata de incluir la libertad y el derecho a la vida entre aquellas libertades que Rawls entiende como “básicas”. Estas incluyen la libertad de conciencia y de pensamiento, libertad de asociación y los derechos y libertades que definen la libertad y la integridad de la persona (incluyendo la libertad de movimiento, ocupación, elección de la carrera, y el derecho a la propiedad privada); también están incluidas, para Rawls, los derechos políticos de participación y los derechos y libertades que mantienen la norma del derecho. Llamar a estas libertades ‘básicas’ significa (en parte) que son más importantes que

hacer esto no sólo estamos diciendo que este derecho –el que está puesto en cuestión en el caso del aborto– es un asunto al que deben responder los valores políticos, sino también, que por el hecho de que atañe a la razón pública, este corresponde también a un ideal que los ciudadanos deben considerar cuando quieran fijar su posición sobre el aborto en el foro público (Rawls, 2002, pág. 206). Surgen de aquí, sin embargo, las siguientes preguntas: ¿qué dirán los ciudadanos sobre la legalización o penalización del aborto desde la perspectiva de la razón pública? Y de otro lado, ¿quién interpreta y quién decide lo que es y lo que no es acorde con ella?

Sin embargo, antes que intentar responder a estas preguntas, habría que decir que cuando Rawls explica la idea de la razón pública afirma que su aplicación corresponde no sólo a los ciudadanos en el debate o foro público, sino especialmente –cuando existe, como el caso colombiano, una democracia constitucional con revisión judicial– al Tribunal Constitucional (en Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia), quien debe basar sus decisiones en su conocimiento e interpretación de la Constitución y debe, por tanto, dirimir este tipo de conflictos. Por esta razón, en este aparte del artículo también se hará un análisis de si en el contexto colombiano, y bajo una perspectiva democrática liberal, la Corte podía o no tomar la decisión de despenalizar el aborto en determinados casos, y si podía hacerlo, de qué manera.

otras. La mayoría de las personas admitirían de buena gana que es mucho más importante que la gente tenga libertad de hablar lo que piensan, practicar su fe o falta de fe, escoger sus carreras, y casarse, hacer amigos o asociarse con las personas que elijan, que tener la libertad de acosar a otros o manejar tan imprudente como deseen, o andar por la calle desnudos y hacer sus necesidades a la vista del público. Pocos llamarían a las leyes que restrinjan estas últimas acciones, restricciones en la libertad personal”. (Freeman, 1999, pág. 4). Traducción libre del autor.

En el mismo sentido, Freeman también afirma que “al considerar estos derechos como básicos, los liberales quieren decir que ellos son tanto fundamentales como inalienables [...]”; lo que significa que incluir la vida entre ellos sería incluirla entre aquellos derechos o libertades “que tienen absoluta prioridad sobre otros valores políticos; que en los procedimientos políticos ordinarios [...] no pueden ser sacrificados por o sopesados con otros derechos que no son básicos, o con otros valores políticos. Las libertades básicas de los ciudadanos, por lo tanto, no pueden infringirse ni con el objeto de sacrificar las preferencias de las mayorías democráticas, ni para mejorar la eficiencia económica, ni para alcanzar valores perfeccionistas de excelencia cultural. La doctrina liberal mantiene como un standard que sólo pueden imponerse límites al ejercicio de las libertades básicas para proteger y mantener las libertades básicas de otros y los derechos y deberes justos que son necesarios para mantenerlas” (Freeman, *Why Libertarianism Is Not a Liberal View*, 2003, pág. 109).

⁸⁰ Hablo del derecho a la vida y de la posibilidad de vivir, pues no son pocos quienes no le reconocen al *nasciturus* la condición de persona. Sin embargo, esta postura no necesariamente implica que el *nasciturus* sea un bien disponible. Tal es el caso, por ejemplo, de la posición de Beriaín I., De Miguel, quien considera que el *nasciturus* “no es [...] persona, pero tampoco una cosa, lo cual implica que hemos de respetar su dignidad en cuanto ser de naturaleza humana, aunque esto no suponga en ningún caso reconocer al embrión como sujeto de derecho. No es sujeto, ni es objeto: es un ser que llegará a convertirse en sujeto de derechos, y ésa es, precisamente la razón por la que no debería ser tratado como un objeto”. Citado por Ollero (2006).

Sobre este punto, habría que decir que lo que la Corte Constitucional estaba sometiendo a juicio en la Sentencia C-355 era el uso del poder político y el poder coercitivo por parte del Estado, el cual es ejercido privilegiadamente a través del derecho penal. Un poder que, en una sociedad liberal, de acuerdo con Rawls, sólo puede utilizarse legítimamente cuando se hace de acuerdo con la Constitución, dado que los elementos de la misma deben haberlos suscrito todos los ciudadanos de acuerdo con principios e ideas aceptables que todos consideran razonables⁸¹.

Esto significa que, de acuerdo con el liberalismo político de Rawls, en el caso de la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional debió haber adoptado su decisión de conformidad con la Constitución, con los valores políticos que le brinda la razón pública⁸² y con una concepción política de justicia. Y ello, por cuanto una concepción tal pone de manifiesto los valores políticos con los que se resuelven cuestiones fundamentales (Rawls, 2002, pág. 223) —fin de la razón pública— aun cuando esta razón puede permitir diferentes respuestas razonables a determinadas preguntas, pues lo que con ella se pretende es lograr acuerdos que todos puedan suscribir razonablemente (Rawls, 2002, pág. 228).

El contenido de esta razón pública, por tanto, está integrado por lo que Rawls llama una “concepción política de la justicia”, de la que presume su carácter liberal en un sentido amplio. Esto quiere decir tres cosas: 1°. Que “la concepción de la justicia define ciertos derechos, libertades y oportunidades básicos (del tipo que nos es familiar en los regímenes constitucionales democráticos), 2°. Que esta concepción “otorga una prioridad especial a esos derechos, libertades y oportunidades, particularmente frente a las apelaciones al bien general y a los valores perfeccionistas (...)” y 3°. Que ella “proclama medidas tendientes a

⁸¹ Se habla aquí de argumentos “razonables” y no de argumentos “racionales” pues Rawls distingue entre unos y otros, estableciendo que mientras los argumentos racionales son los modos de razonar de los individuos o las asociaciones y la manera como incorporan los principios fundamentales, los principios de la razón e incluyen estándares de corrección y criterios de justificación (Ver Rawls (2006, pág. 11)), “lo razonable pertenece al ámbito de lo público de una manera en que lo racional no [...] pues] es a través de lo razonable como entramos como iguales al mundo público de los demás y que nos alistamos para proponer o aceptar, según sea el caso, los términos justos de cooperación con ellos. [Así,] estos términos, establecidos como principios, especifican las razones que hemos de compartir y reconocer públicamente ante unos y otros como base de nuestras relaciones sociales” (Rawls, 1995, pág. 71). Un ejemplo de este tipo de principios puede ser, por lo tanto, aquél de acuerdo con el cual no es legítimo imponer las creencias u opiniones personales a los otros por medio de la fuerza.

⁸² Para Rawls, la razón pública rige de un modo especial para el poder judicial, y sobre todo, para el tribunal supremo en una democracia constitucional con revisión judicial, debido “a que los jueces tienen que explicar y justificar sus decisiones fundándolas en su interpretación de la constitución y de las leyes y antecedentes relevantes” (Rawls, 2006, pág. 7 y 8).

asegurar a todos los ciudadanos medios adecuados para cualquier fin que les permita hacer uso efectivo de sus libertades y oportunidades básicas” (Rawls, 2006, pág. 13).

4.1. Sobre la Corte Constitucional como entidad ejemplar de la razón pública

En el *Liberalismo Político*, John Rawls afirma que la aplicación de la razón pública corresponde especialmente a la Corte Suprema (quien hace el control constitucional de las leyes) (Rawls, 2002, pág. 220). No significa esto, sin embargo, que para él la razón de la Corte *siempre* sea la razón pública, sino que *debería serlo*, y por eso cabe aquí cuestionar si tal fue el caso en la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006.

Sin embargo, más allá de señalar las diferencias entre la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema norteamericana⁸³ o entre una y otra Constitución, lo que aquí se analizará es la decisión de la Corte Constitucional de acuerdo con lo que para Rawls significa el concepto de razón pública.

Habría que decir, entonces, que lo que la Corte Constitucional debió hacer en la Sentencia C-355 era la mejor interpretación posible de la Constitución de acuerdo con las opiniones razonadas de sus magistrados, utilizando sus conocimientos sobre la misma y los precedentes constitucionales sobre la materia. Esto significa, en la teoría de Rawls, recurrir a los valores de una concepción política que ha sido fruto del consenso social, que se encuentran establecidos en la constitución, y de la que da cuenta la razón pública, concepto que, por lo tanto, resulta fundamental. ¿Pero hizo esto la Corte en la Sentencia C-355?

⁸³ Algunas de estas diferencias tienen que ver con su fundamento democrático, y que se refieren al hecho de que la Corte Constitucional colombiana es constituida de acuerdo con la elección que hace el Senado de la República de sendas ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y sus Magistrados son elegidos por un período específico personal de ocho años –lo que claramente permite que su integración esté más sometida al dinamismo político y electoral, sobre todo cuando el Presidente de la República y los miembros del Senado pueden ser reelegidos–; mientras los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos son nominados por el Presidente de la nación y elegidos con el consejo y consentimiento del Senado, pero pasan por una serie de filtros entre los que se encuentra un profundo examen de su hoja de vida e interrogatorios que adelanta el Comité de Asuntos Judiciales del Senado, quien a su vez determina cuál es la calidad de cada nominado y posteriormente lo presenta al pleno del Senado, así como numerosas audiencias en donde tiene una activa participación la sociedad civil, además de una evaluación que incluso le hace a cada candidato la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association).

La razón pública exige que los ciudadanos expliquen sus posiciones de acuerdo con un razonable equilibrio⁸⁴ de valores que todos los demás puedan considerar razonable, lo que implica que una decisión es acorde con la razón pública y goza de su legitimidad, de acuerdo con Rawls, cuando valora el ideal que ésta razón prescribe, es decir, cuando de acuerdo con ella es una decisión completa y puede resolver al menos la mayoría de las cuestiones fundamentales, y cuando expresa una combinación razonable y un equilibrio de los valores en ella contenidos (Rawls, 2002, págs. 229-230). El fin de la razón pública es, de acuerdo con Rawls, articular el ideal político de un pueblo o nación cuyos principios y fines deberían estar en la Constitución, y una cuestión se resuelve de acuerdo con ésta, de manera razonable, cuando se logra un consenso traslapado⁸⁵, es decir, cuando todas las diferentes visiones comprensivas que dan lugar al pluralismo razonable de una sociedad liberal están dispuestos a adoptarla voluntariamente.

Para Rawls, el consenso traslapado, por lo tanto, es “un consenso de doctrinas razonables (en oposición al de doctrinas irrazonables o irracionales) (...)”, sobre una “concepción pública de justicia (...) independiente de las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales (...)” (Rawls, 1995, pág. 146). Sin embargo, Rawls aclara que este consenso es más que un mero modo de vida (*modus vivendi*), aunque sin que ello signifique que dicho consenso permita la configuración de una comunidad política entendida como “una sociedad política unida al profesar todos sus integrantes la misma doctrina comprensiva” (Rawls, 1995, pág. 147), pues esto es contrario al pluralismo razonable. Que el consenso traslapado no sea un simple modo de vida, significa que el consenso traslapado es mucho más que “un consenso social fundamentado en intereses particulares o exclusivos de un grupo, o el resultado de un forcejeo político (...)” (Rawls, 1995, pág. 148), pues se basa en una concepción política de justicia⁸⁶ razonable que puede ser aceptada por cada visión comprensiva que compone una sociedad plural.

⁸⁴ Rawls adopta la noción de “equilibrio reflexivo”, ese estado de cosas ideal que corresponde a “la descripción inicial [o posición original] que simultáneamente expresa las condiciones razonables y manifiesta los principios que concuerdan con nuestros juicios ya debidamente considerados, retocados y ajustados [...]”. Lo llama equilibrio, porque en él “finalmente coinciden nuestros juicios y principios [...]” y reflexivo, “dado que sabemos a qué principios se conforman nuestros juicios y las premisas de las que se derivan” (Rawls, 2003, pág. 18). Traducción libre del autor.

⁸⁵ En la teoría de Rawls, el consenso traslapado es el que resulta de una razón pública cuya razonabilidad que se ubica dentro “del espectro permitido por cada una de las doctrinas comprensivas razonables” que componen una sociedad plural (Rawls, 2006, pág. 6).

⁸⁶ Rawls distingue esta concepción política de justicia de una doctrina comprensiva religiosa filosófica o moral, estableciendo que la concepción política es “una concepción moral elaborada para un sujeto específico [...]”, cuya aceptación “no presupone aceptar ninguna doctrina comprensiva religiosa filosófica o moral; [sino que] más bien [...] se presenta así misma razonable para la estructura básica, exclusivamente; y [...] que no está formulada en términos de ninguna doctrina comprensiva, sino en

El consenso traslapado, por tanto, no se basa en las visiones comprensivas de unos u otros, aunque no por ello se hace indiferente o escéptico con respecto a la verdad, dado que se basa en las ideas fundamentales que se comparten dentro de una cultura política (Rawls, 1995, pág. 151). De otro lado, no necesita ser ni parcial ni totalmente comprensivo, pues le basta con ser “un marco de referencia, una guía para la deliberación y para la reflexión que nos ayude a lograr el acuerdo político por lo menos en lo que concierne a los elementos constitucionales esenciales y a las cuestiones básicas de la justicia” (Rawls, 1995, pág. 156).

Aunque el consenso traslapado versa sobre principios y no sobre problemas específicos, diremos que en el caso que nos ocupa, el consenso traslapado que habría que buscarse debería ser con respecto a los principios, conceptos y valores compartidos por las distintas visiones omnicomprendivas presentes en la sociedad y cultura política colombiana, como la moral cristiana tradicional o el liberalismo político moderno, como podrían ser el respeto a la vida, el reconocimiento de la libertad y autonomía personal, entre otros.

El problema del aborto puede poner en duda algunas afirmaciones de Rawls, como es el caso de acuerdo con la cual una concepción política de justicia puede expresar valores que en circunstancias razonablemente favorables posibiliten la democracia —luego quita “de la agenda política las cuestiones que puedan suscitar más divisiones, que pueden causar resistencias y minar las bases de la cooperación social”— dado que, por su carácter liberal, protege todos los derechos básicos e incluye las medidas materiales necesarias para hacerlos efectivos; así como aquella que establece que “cuando un consenso traslapado sostiene a la concepción política no se considera incompatible con los valores básicos de índole religiosa, filosófica y moral [...]” (Rawls, 1995, pág. 157). A pesar de esto, siguiendo con su teoría, es apelando a aquellos principios y valores que se supone que son reconocidos y

términos de ciertas ideas fundamentales, consideradas latentes en una cultura política pública de una sociedad democrática [...]”; mientras que una concepción “es comprensiva cuando incluye concepciones de lo que se considera valioso para la vida humana, así como de las ideas y virtudes y carácter personales, que conforman gran parte de nuestra conducta no política [...], es plenamente comprensiva cuando abarca los valores y virtudes reconocidos dentro de un esquema de pensamiento más o menos bien articulado [...] y es] parcialmente comprensiva cuando abarca ciertos valores no políticos (mas no todos) y sólo algunas virtudes, y está articulada de manera laxa”. *Ibíd.*, página 172.

De otro lado, para Rawls una doctrina comprensiva razonable “no rechaza los principios esenciales de un régimen democrático [...]” (*Ibíd.*, página 12), en tanto que un primer aspecto de lo razonable, por ejemplo, “es el estar dispuesto a proponer términos justos de cooperación y a cumplir con ellos” (Rawls, 1995, pág. 72), entendiendo a los demás como “ciudadanos iguales y libres, y no como sujetos dominados, manipulados o bajo la presión de una posición política o social inferior” (Rawls, 1999, pág. 578), mientras que una doctrina no razonable considera que puede imponerse sobre las otras doctrinas a través de la fuerza.

deseados por todas las visiones, como debe (o debió) buscarse una postura acerca de la legalidad o ilegalidad del aborto que pueda ser admitida por los ciudadanos que se identifican con una u otra visión comprensiva.

Dicho esto, cabe cuestionar si la Sentencia C-355 es fruto o puede ser objeto de un consenso con estas características. En lo que resta de este artículo defenderé la idea de que esta sentencia va en contravía de un consenso tal, así como que la Corte no es la instancia institucional que debe decidir si hay o no un acuerdo sobre el tema en cuestión. Por el contrario, es mi opinión que si hay alguna institución que goce de la legitimidad democrática para resolver una cuestión como ésta, ese debería ser el Congreso de la República. Sin embargo, aquí simplemente pretendo señalar que no es coherente con el liberalismo político afirmar o permitir que en una supuesta democracia liberal constitucional, la Corte (o quien haga las veces de Tribunal Constitucional) se abrogue la facultad de decidir estos asuntos, pues ella carece de la legitimidad democrática suficiente.

Sin embargo, antes de entrar a exponer los argumentos que sustentan esta posición es necesario hacer la siguiente aclaración: uno de los fines de la Constitución de 1991 es garantizar la permanencia y primacía de los valores y principios que los ciudadanos comparten. Esta es la razón por la que una decisión sobre un tema tan problemático y que le es tan íntimo a los más esenciales valores y bienes de la vida social, como es el de la discusión sobre el aborto, debe responder a una postura que sea aceptable para la inmensa mayoría de los ciudadanos (por no decir que para todos) y de la que precisamente debe dar cuenta la Constitución Política. Por este motivo, al aplicar la razón pública, su intérprete, de acuerdo con Rawls, “ha de impedir que esa ley [la Constitución] pueda ser erosionada por la legislación de alguna mayoría transitoria o, más probablemente, por grupos de intereses organizados y bien situados [...] que pretenden imponerse [...] y que la Corte] no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente” (Rawls, 2002, pág. 222). Hecha esta aclaración paso a exponer por qué pienso que la Corte colombiana no tenía competencia para decidir sobre el asunto del aborto.

En primer lugar, debe decirse que el mismo Rawls, aun cuando formula la importancia de la razón pública y relaciona con ella al intérprete de la Constitución, reconoce que en un gobierno constitucional el poder supremo no puede dejarse ni siquiera en manos del

Tribunal Constitucional (Rawls, 2002, pág. 221), es decir, que su función de intérprete también tiene un límite. Este límite es, precisamente, el documento en donde los ciudadanos deben o debieron fijar “de una vez por todas” los elementos constitucionales esenciales. Esto quiere decir, para el caso en cuestión (la despenalización del aborto), que si la Corte excedió su límite interpretativo ya sea porque se pronunció sobre un asunto no resuelto por los ciudadanos en la Constitución (o en contravía de su solución) o porque no hizo caso de la razón pública para interpretarla, entonces no se cumplieron los propósitos de la justicia política liberal.

Al evaluar esto, considero que la decisión de la Corte, en el caso de la Sentencia C-355, se basó en una razón exclusiva que hace suya la doctrina comprensiva liberal que aboga por la permisión del aborto y que por tanto no respeta la principal restricción del liberalismo político⁸⁷, cuando en lugar de esto debió haber adoptado una razón inclusiva (Hartley & Watson, 2009, págs. 496-498)⁸⁸, es decir, una razón que permita a los ciudadanos presentar las bases de los valores políticos de sus propias doctrinas, reforzando así la razón pública (Rawls, 2002, pág. 234), pues estaba decidiendo sobre una grave disputa social que en sí misma puede demostrar (al menos para algunos) la ausencia de garantía de los derechos fundamentales y de la justicia básica.

Es importante destacar, sin embargo, que algunos comentaristas y seguidores de Rawls, consideren que “una concepción inclusiva de la idea de razón pública no es consistente con los compromisos centrales del liberalismo (...)” (Hartley & Watson, 2009, pág. 493), puesto que para ellos “un acuerdo sobre una concepción comprensiva de lo bueno (o de lo justo) es una imposibilidad práctica en un Estado democrático” (Hartley & Watson, 2009, pág. 497); pues con base en esto, afirman que quienes son verdaderamente políticamente liberales, deben sostener que:

“(1). El ejercicio del poder político se justifica únicamente si fluye de principios políticos que son, en principio, razonables para aquellos que están sometidos a ese poder (el principio de legitimidad democrática), (2). Los principios de justicia básica

⁸⁷ De acuerdo con el mismo Rawls, la principal restricción del liberalismo político es que las ideas de bien “deben ser políticas [...] esto es, deben pertenecer a una razonable concepción política de la justicia de manera que podamos suponer:

a) que son compartidas o pueden ser compartidas, por ciudadanos considerados libres e iguales, y
b) que no presuponen ninguna doctrina plenamente (o parcialmente) comprensiva” (Rawls, 1995, pág. 173).

⁸⁸ Traducción libre del autor.

y las esencias constitucionales [o los principios constitucionales esenciales] deben justificarse con base en razones que los ciudadanos puedan, en principio, compartir. Lo que implica que los principios de justicia básica y los principios constitucionales esenciales deben justificarse (por lo menos), distinto de lo que sucede con otros valores morales, religiosos y apolíticos. (3). Los valores políticos se ofrecen a los otros como *razonables* y no como verdaderos o correctos. (4). La cultura política pública se observa, en cierto sentido, como algo distinto de los antecedentes culturales. (5). Finalmente, quienes son políticamente liberales consideran que el hecho del pluralismo razonable es algo inevitable en los Estados libres y democráticos” (Hartley & Watson, 2009, pág. 497 y 498).

Sin embargo, sin querer profundizar en el debate conceptual sobre si es posible o no incluir en la razón pública valores comprensivos, simplemente diré que aún aceptando que dentro del modelo del liberalismo político sólo es legítima y posible una razón pública exclusiva (una razón que no hace suyas las razones de ninguna doctrina comprensiva y que, por el contrario, limita la manera como se pueden utilizar estas razones en el debate político, público y democrático) y que es distinta la idea de la razón pública del ideal de la razón pública⁸⁹, en el caso que nos ocupa lo cierto es que:

(a) Siendo el ejercicio del poder judicial, sin duda, una manifestación del poder público, en la Sentencia C-355, al menos en mi opinión, la Corte desconoció el principio de legitimidad democrática;

(b) En dicha sentencia, además, la Corte basó los principios de su razón pública en razones que de ninguna manera es posible sostener que en principio todos los ciudadanos estarían dispuestos a aceptar, pues bajo cierta interpretación éstos podrían implicar que algunos seres humanos no son personas y que otros pueden decidir sobre sus derechos (por ejemplo);

⁸⁹ La idea de razón pública “especifica en el nivel más profundo cuál es la moral básica y los valores que habrán de determinar la relación de un gobierno democrático constitucional con sus ciudadanos y las relaciones entre ellos [... mientras] el ideal de la razón pública, por el contrario, se realiza o satisface cada vez que los jueces, legisladores, directores ejecutivos y otros servidores públicos, así como los candidatos a un cargo público, actúan en concordancia y siguen la idea de la razón pública y explican a los demás ciudadanos las razones para soportar sus posiciones políticas fundamentales en términos de una concepción política de justicia que consideran la más razonable” (Hartley & Watson, 2009, pág. 499).

(c) Allí mismo, la Corte no sólo presentó —pues de hecho ni siquiera está funcionalmente en la posibilidad de hacerlo dado que precisamente no es la instancia en donde debe darse el debate democrático— los valores políticos en los que basó su decisión únicamente como razonables, sino que en realidad los presentó como los únicos valores verdaderos y correctos, pues incluso de hecho descalificó con ellos la interpretación y la ponderación que ya habían hecho previamente el legislador;

(d) Si bien la Corte distinguió entre la cultura política y los antecedentes culturales, bien podría decirse que impuso una interpretación propia de cuál es la cultura política colombiana dado que —sin que se hubiese dado un nuevo debate democrático— interpretó la Constitución y algunos de los valores y principios que ella defiende de una manera opuesta a como lo habían hecho previamente el constituyente primario, el constituyente derivado e incluso ella misma en los precedentes constitucionales que existían sobre la materia; y

(e) Desconociendo la necesidad y conveniencia del pluralismo razonable, impuso una novedosa interpretación propia sobre la cultura política y los valores que se encontraban en juego, en lugar de promover o permitir que se diera el debate democrático para zanjar el difícil asunto en cuestión.

Lejos de esto, ante una disputa de tal magnitud, de acuerdo con Rawls, para quien “la satisfacción del ideal de la razón pública no requiere que los ciudadanos excluyan los valores comprensivos que reclaman de la deliberación política pública” (Hartley & Watson, 2009, pág. 498), la mejor solución no es tomar e imponer las razones públicas de determinada doctrina comprensiva, sino permitir que los ciudadanos intenten demostrar en el foro público cómo es que sus visiones comprensivas afirman los valores de la razón pública. Pero esto no fue lo que hizo la Corte en la Sentencia C-355, pues allí omitió reconocer que no es un lugar de debate público adecuado, sino que por el contrario, revocó una decisión que ya había tomado previamente el órgano donde este debate mejor puede darse: el Congreso.

Y es que el asunto sobre el que estaba decidiendo la C-355 responde a una gran polémica que hoy se suscita en no pocas naciones democráticas, y por qué no decirlo, también

liberales⁹⁰. En efecto, en los últimos años este ha sido un gran tema de debate entre políticos y académicos en los Estados Unidos, marcando tal vez una de las más visibles distinciones entre demócratas y republicanos; así como, definitivamente, este también es el tema de mayor discusión política en España en la actualidad, como frecuentemente también lo es en muchos otros países europeos, además de ser el motivo de fuertes y evidentes polarizaciones en el seno de la Naciones Unidas, enfrentando a no pocos países subdesarrollados y en vía de desarrollo, así como a muchos países del Medio Oriente que cuentan con el apoyo de algunas de las naciones más tradicionales y conservadoras de Occidente, como Polonia o el Estado Vaticano, contra las naciones europeas más liberales y contra los Estados Unidos.

De igual forma, en Colombia el debate sobre el aborto, si bien ya se había afrontado en el pasado por parte del Congreso Nacional de la República y por la misma Corte Constitucional, recién ha comenzado a tomar fuerza y polarizar a la sociedad en los últimos años, siendo la sentencia que es objeto de estudio de este artículo probablemente su mayor ícono (tanto para Colombia como para otros países del continente) en términos de cambios en la posición institucional tradicional.

Sin embargo, el debate que permanece latente bajo este asunto enfrenta cosmovisiones y teorías morales antagónicas que han ido creciendo y haciéndose cada vez más distintas en los últimos 50 o 60 años. De un lado, podría decirse, se encuentra la moral cristiana tradicional y su postura, para muchos conservadora, absolutamente a favor de protección de la vida y la dignidad de todos los seres humanos, especialmente de los más indefensos, como valores fundamentales. Y por el otro lado, se encuentra una postura liberal secular, fortalecida desde los años sesenta por el movimiento feminista y ahora también por el movimiento pro-gay, que cada vez defiende más la libertad del individuo como el más importante de los valores, hasta el punto de adoptar una perspectiva radicalmente distinta a la postura tradicional respecto de asuntos fundamentales como el matrimonio, el sexo, el homosexualismo, la eutanasia, el suicidio asistido y, definitivamente, el aborto.

Dado este contexto de cambios y choques culturales, con una decisión que es fruto de una interpretación sin antecedentes de las normas constitucionales y penales, del bloque de constitucionalidad y de lo que para algunos incluso es un debate moral sin resolver, con la

⁹⁰ En efecto, no son pocos los que, como Pojman, consideran que “ningún tema divide nuestra sociedad tanto como el asunto del estatus moral y legal del feto y la pregunta correspondiente respecto de la permisión moral del aborto” (Pojman, 1998, pág. 275). Traducción libre del autor.

Sentencia C-355 la Corte Constitucional limitó el consenso o posible consenso traslapado a un mero (y difícil) *modus vivendi*, es decir, a una forma de vida que definitivamente responde a una determinada cosmovisión, en lugar de fomentar con su decisión la confianza mutua y la confianza pública (Rawls, 2002, pág. 235), como podría hacerlo prohibiendo absolutamente todo atentado contra el más importante de todos los derechos fundamentales y el más básico de los bienes humanos: la vida. Así, la Corte no sólo fundó su decisión en valores públicos que no todos los ciudadanos puedan adoptar, sino que además lo hizo fijando una postura que difícilmente permite un acuerdo sobre un equilibrio razonable de los valores fundamentales en juego: la vida, la libertad, etc.

Algunos podrían afirmar que si la Corte hubiese fallado en la otra dirección, es decir, si hubiese declarado exequible absoluta e incondicionalmente la penalización del aborto vigente, entonces también habría caído en lo mismo y se habría limitado el consenso a lo que también no es más que un mero *modus vivendi* pues, dirían, así como hay mucha gente en contra del aborto, también hay muchos a su favor. Sin embargo, disto de esta postura, pues el objetivo de este artículo es precisamente cuestionar el mecanismo con el que en Colombia se hizo una importante transformación o cambio sobre un tema moral y políticamente relevante que, así uno no esté de acuerdo con la manera en que estaba reglado, en todo caso ya tenía una *forma* o un *sentido* en la ley (desarrollando la Constitución) que no se había podido cambiar por vía legislativa y sobre el que la Corte incluso ya se había pronunciado favorablemente en el pasado. Esto significa, por tanto, que no hubiese tenido el mismo efecto una decisión en otro sentido, pues una cosa es dejar las cosas como están (y sí es que hay algunos que no estén de acuerdo con esto, entonces deben promover un nuevo debate democrático en el foro público) y otra muy distinta interpretar novedosamente la Constitución, cambiar la jurisprudencia, usurpar la función del legislativo y transformar la ley sin pasar por el debate democrático.

En efecto, de acuerdo con lo que aquí se ha dicho, el sólo hecho de que se pregunte si es razonable o no lo decidido por la Corte y que algunos puedan decir que su decisión es tan absurda o deleznable como a los demandantes les parecía que era la penalización absoluta del aborto (aun cuando al menos, hasta entonces, ello siempre había sido así) permite cuestionar si el mecanismo adoptado para supuestamente saldar esta controversia goza de auténtica o suficiente legitimidad democrática y liberal (Rawls, 2002, pág. 239).

4.3. *Qué es un agente moral y la realidad ontológica del nasciturus*

Sin embargo y como se ha intentado de evidenciar desde el comienzo, el objetivo de este artículo no es únicamente cuestionar la legitimidad del procedimiento con que se “despenalizó” el aborto en Colombia y con el que se quiere obtener este mismo resultado en otros países, sino también cuestionar sus argumentos y fundamentos. En este sentido, y atendiendo a uno de las nociones o conceptos más importantes que se ponen en tela de juicio dentro del debate del aborto —la noción de persona— bien vale la pena detenerse brevemente en la concepción de agente moral que tiene frente el mismo Rawls, ya que, aunque ésta noción no se discutió lo suficiente en la Sentencia C-355 de 2006, la manera en que Rawls la entiende en todo caso puede resultar útil para hacerle frente a pregunta sobre la legitimidad democrática de la Sentencia C-355 de 2006.

En primer lugar, la filosofía política de Rawls propone una teoría social para quien comparta su noción de agente moral, un agente que, para él, tiene las siguientes tres características:

(1) Es un agente libre, lo que quiere decir que (a) tiene el derecho de *formar, revisar y adoptar* sus planes de vida, (b) que estos planes son fuentes auténticas de pretensiones de verdad (puede exigir que su opiniones sean consideradas y puede opinar sobre lo bueno y lo malo) y (c) que el agente ajusta sus metas y aspiraciones a lo que *razonablemente* puede esperar;

(2) Es un agente moral, es decir, tiene (a) un sentido de justicia (y aquí es donde Rawls introduce la idea de lo razonable), (b) un concepto de lo bueno y (c) una capacidad de elegir lo bueno para sí; y

(3) Es un agente igual, es decir, tiene el mismo derecho que cualquier otro a escoger su plan de vida, a ser fuente de veracidad, y a tener un sentido de la justicia y un concepto de bien.

Como puede constatarse, la definición arriba citada es muy cercana a la concepción de dignidad humana que se adopta en la Sentencia C-355. Con esta noción, la Corte Constitucional concluyó que el *nasciturus* no es un agente moral, pues al ser humano por nacer obviamente le es imposible siquiera tener un plan de vida (aunque no siempre será así), ni mucho menos tener un sentido de justicia o un concepto moral y tampoco tiene la

capacidad para hacer elecciones. Por esto, al menos en un sentido, el *nasciturus* no tiene los mismos derechos que los demás seres humanos pues, en todo caso, no está en la capacidad de exigir derechos, dado que algunos de éstos están sujetos a un determinado plazo (que nazca, que crezca o que cumpla determinada edad) y otros, al igual que le sucede a un incapaz o interdicto, sólo puede hacerlos valer por intermedio de otra persona, es decir, necesita que alguien los reclame por él (como sucede, precisamente, con el derecho a la vida).

A pesar de lo anterior, cabe preguntarse si la noción de agente moral arriba enunciada es abierta e inclusiva, pero sobre todo, si se hace obligatoria para cualquier Estado que, como el colombiano, se llame democrático y liberal. Sin embargo, más útil todavía para el análisis en cuestión resulta explicar qué es el agente moral, cuál es su función en la teoría Rawls y ver qué sucedería si ampliáramos su definición para que pudiese incluir al *nasciturus*.

Sin embargo, antes de hacer esto último valdría advertir que, salvo en *El Constructivismo kantiano*, Rawls no comienza su teoría definiendo qué es el agente moral, es decir, al hombre mismo, sino que por el contrario, comienza su obra definiendo la posición original, es decir, la posición de justicia hipotética en donde sitúa y con la que representa al agente moral, quien, para él, es precisamente quien elige los primeros principios de la justicia moral⁹¹. Así, para Rawls las personas son agentes morales porque tienen poderes o capacidades morales y quieren participar en sociedades donde las puedan ejercer. Y al incluirlas en lo que denomina la “posición original” —“el statu quo inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en él son justos”⁹²—, concluye que ellas elegirían los medios más eficaces para que se les garantizara el acceso a cierto tipo de bienes “primarios” que le son necesarios para desarrollar dichas capacidades morales.

A pesar de que el *nasciturus* ciertamente no podría considerarse un agente moral de este tipo, como ya se anunciaba, y tampoco un ciudadano que pueda colaborar normalmente en la sociedad (Rawls, 2002, pág. 94), no parece problemático reconocer que él podría tener estas capacidades morales en un futuro, y que al hacerlo, que necesitaría igualmente de

⁹¹ Rawls entiende esta posición original como la “interpretación filosófica más favorable de esta situación de elección inicial con miras a una teoría de la justicia” (Rawls, 2003, pág. 17). Traducción libre del autor.

⁹² Esto último, bajo el entendido de que “una concepción de justicia es más razonable que otra, o está mejor justificada con respecto a ella, si personas racionales que están en situación [o posición] original escogerían sus principios sobre los de la otra para que hicieran el papel de la justicia” (Rawls, 2003, pág. 15). Traducción libre del autor.

estos bienes primarios. Esto querría decir, por lo tanto, que resulta conveniente incluir entre dichas capacidades la capacidad de vivir⁹³.

Con base en lo anterior se cuestiona si únicamente es persona (o persona moral como la llaman algunos) quien razona, como parece sugerirlo Rawls cuando afirma como características esenciales y necesarias suyas el ser racional y razonable (Rawls, 2002, pág. 116), o si es posible, por el contrario, extender su definición sin comprometer su sentido o rol dentro de la teoría de Rawls (no carece de nada de lo que se necesita en esta posición (Rawls, 2002, pág. 282), por ejemplo) lo que creo nos permitiría obtener algunas conclusiones claves para el problema del aborto.

En mi opinión, persona es un concepto moral y un concepto social que se aplica a la unidad bio-psico-espiritual que es el individuo humano. Y esto concuerda, en parte, con la postura de Locke, para quien, en el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, la identidad personal (persona) es diferente de la sustancia física (ser humano) y es sobre esta diferencia que se justifican los límites de la responsabilidad moral. En este sentido, dice Locke: “una cosa es ser la misma sustancia, otra ser el mismo hombre, y una tercera ser la misma persona. Si persona, hombre y sustancia significan tres ideas diferentes, en tanto que la idea pertenece a un nombre, entonces así tendrá que serlo también la identidad” (Citado por Patarroyo (2009)). Sin embargo, digo que coincido tan sólo en parte con Locke y no completamente, porque para mí, si bien la persona o personalidad sirven de criterio para determinar la responsabilidad moral del sujeto de quien ésta se predica o pretende predicar, no es ella el fundamento de la responsabilidad con el otro. En otras palabras, creo que se necesita ser persona para ser moralmente responsable, pero no se necesita, en estricto sentido, para que sean responsables con uno.

En esta línea, una primera conclusión de este artículo sería la siguiente: así como Rawls puede afirmar que la estructura social afecta al agente moral en sus habilidades y talentos, además de sus expectativas y esperanzas (Rawls, 2002, pág. 260), así también puede afirmarse que esta estructura afecta también al *nasciturus*, quien podría ser considerado en todos los casos una persona en potencia⁹⁴.

⁹³ Resulta pertinente recordar que de acuerdo con el mismo Rawls, “los requisitos mínimos que definen la personalidad moral se refieren a una capacidad y no a su realización. Un ser que tiene esta capacidad, esté o no ya desarrollada, debe recibir toda la protección de los principios de la justicia” (Rawls, 2003, pág. 509). Traducción libre del autor.

⁹⁴ Tratándose del ser, Aristóteles definió tres categorías —“1) no ser, 2) ser potencial y 3) ser actual”— y, por virtud de éstas, consideró que “el cambio puede tener lugar entre el ser potencial y el ser actual sin

Sin embargo, todavía más útil resulta considerar el argumento por el cual Rawls utiliza y define al agente moral: la posición original. La posición original es una posición en la que, por un “velo de la ignorancia” (Rawls, 2002, pág. 283), los agentes morales que representan todas las visiones comprensivas de la sociedad, sin conocer sus propias creencias o doctrinas, ni las que profesan sus representados, establecerían por común acuerdo cuáles son los medios más eficaces para que se les garantizara el acceso cierto tipo de bienes “primarios”, así como los principios básicos que deberían tenerse y respetarse para hacer posible la vida en sociedad, si es que todos en realidad se consideran personas morales libres e iguales. El fin que tiene Rawls con esta posición es, por tanto, conectar la noción de persona y su correspondiente noción de cooperación social con algunos principios de justicia (Rawls, 2002, pág. 282).

Ahora bien, ¿podrían encontrarse en esta posición original los *nasciturus* o sus representantes y no sólo adultos como pretende Rawls? Si así fuera, ¿qué decidirían sobre el aborto? En mi opinión, haciendo una sencilla aplicación del principio *maxi-min* —aquel principio que responde a las condiciones de incertidumbre y de amenaza de vida o muerte que son propias de la posición original, según el cual lo más favorable es otorgarle las mayores posibilidades a quien está en la posición más desfavorable— puede concluirse que, bajo el velo de la ignorancia, todos los agentes morales estarían dispuestos a defender al *nasciturus* si fuese posible que ellos mismos o sus representados fuesen o llegasen a ser el *nasciturus* en la sociedad (Rawls, 2002, pág. 288). En efecto, podría decirse que es de sentido común que cualquier persona (agente moral) que pudiese tener alguna injerencia sobre las condiciones mínimas de su existencia futura, consideraría como lo más justo que se le reconociera y garantizara el derecho a la vida, pues esta es la condición indispensable para su existencia y el presupuesto de cualquier otro derecho.

Por lo tanto, incluso admitiendo que el *nasciturus* no puede deliberar, como de hecho tampoco puede hacerlo un niño, si tiene en consideración el problema de las futuras generaciones (como también hizo el mismo Rawls), resulta lógico concluir que así como en la posición original cada quien vela no sólo por sus propios intereses sino también por los de aquellos que podrían ser su familia o, más expresamente, sus hijos, así también cada uno preferiría, pues resulta más justo, considerar al *nasciturus* y no simple excluirlo del debate

que el no ser entre en escena [... pero] el cambio [no] implica el paso de la potencia al acto, del no ser al ser, sino de una clase del ser a otra clase del ser” (Lindberg, 2002, pág. 81).

como si no fuese nada en absoluto.

Reconozco que con estas preguntas estoy yendo más allá de la noción de agente moral de Rawls, pero en todo caso, lo cierto es que él mismo reconoce que definir qué es sociedad y quién es persona es una tarea que, contrario a lo que cree la Corte Constitucional en la Sentencia C-355, debe hacerse en un consenso traslapado acorde con la posición original y no de otra manera (Rawls, 2002, pág. 187), lo que hace posible decir que allí adoptaríamos una definición más inclusiva de persona dentro de la que se podría incluir al *nasciturus*. Esto se refuerza, además, si se considera que la posición social mínima que debe garantizarse en la posición original es la vida misma (Rawls, 2002, pág. 255) y que no garantizarla es incumplir los principios con los que debe cumplir esta posición para poder ser entendida descrita como una posición justa (Ibíd.), en tanto que es una condición necesaria e ineludible sin la cual es imposible ejercer la libertad y desarrollar plan de vida alguno.

4.4 La vida como un asunto público fundamental y la idea del consenso traslapado

Este es el momento de acudir a la que tal vez ha sido la más importante noción de la teoría de justicia de Rawls utilizada en esta discusión: la idea del consenso traslapado. Se trata de una noción fundamental, pues dados los interrogantes que hemos formulado hasta aquí y con los que tal vez hemos podido cuestionar si el debate sobre el aborto le correspondía decidirlo a la Corte Constitucional, por ejemplo, parecería abrirse como alternativa que el aborto es un asunto que debe someterse a algún tipo de discusión política (aun cuando alguno todavía podría cuestionar si se trata de algo que simple y llanamente puede decidirse por mayorías).

Con motivo de lo anterior, es importante advertir que para Rawls lo justo es lo que definan en discusión los ciudadanos mirando no sus intereses particulares sino aquellos intereses generales que se quieren proteger en la sociedad. Esto quiere decir que el objetivo de Rawls es que los ciudadanos compartan sus propias visiones omnicomprensivas en lo que se llama un “consenso traslapado” (*overlapping consensus*), un consenso que no está por encima de sus propias visiones omnicomprensivas sino que hace parte de ellas⁹⁵. Sin embargo, en

⁹⁵ Un ejemplo de consenso traslapado sería, para Rawls, la Constitución americana, pues ésta ha estado vigente por 200 años y ella observa más que un mero consenso constitucional, dado que ésta se basa en

caso de la Sentencia C-355 de 2006 no parece que la doctrina comprensiva esgrimida por los demandantes y por la Corte Constitucional pueda dar lugar a una sociedad que sea unida y estable (Rawls, 2002, pág. 137), pues dicha sentencia no se basa en un consenso sobre la concepción política, como ya se ha demostrado, y porque sus requisitos de justicia entran o pueden entrar en un conflicto serio con los intereses de algunos de los ciudadanos (aquellos que defienden la vida con radicalidad).

Un segundo motivo para hacer esta advertencia es que la decisión de la Corte incluso puede interpretarse como contraria al consenso constitucional, aquel consenso que, de acuerdo con Rawls, si bien no es profundo ni tampoco amplio, sino que es estrecho en su alcance, pues no incluye la estructura básica, en todo caso sí incluye los procedimientos del gobierno democrático. El consenso constitucional resulta de los acuerdos respecto de “ciertos derechos y libertades básicas (...) del derecho al voto y acerca de las libertades del discurso político y la asociación política, y acerca de todo lo demás que sea necesario para llevar a cabo los procedimientos electorales y legislativos de una democracia” (Rawls, 1995, pág. 159), dentro de los que definitivamente considero que se encuentran también las competencias constitucionales de cada uno de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), así como específicamente los procedimientos con que se regula y aplica el *ius puniendi*, derecho del Estado que se vio afectado por la decisión de la Corte Constitucional que aquí se analiza.

Sin embargo, de ningún manera intento decir aquí que deba imponerse una de las posiciones que existen frente al aborto (la posición conservadora) sobre la otra (la posición liberal), simplemente quiero decir que el mecanismo que debió o debe adoptarse para resolver esta controversia debe ser verdaderamente legítimo y democrático –como en mi opinión no lo es un debate en la Corte Constitucional– y que la postura que finalmente se adopte debe constituir verdaderamente un consenso traslapado de visiones comprensivas razonables, es decir, de visiones que renuncian al uso de la fuerza.

En efecto, en el caso que nos ocupa que no resultaba razonable imponer una posición por medio de la decisión de una corporación judicial cuya integración no resulta de la votación popular, así como tampoco que se hubiese adoptado una posición que si bien, en principio, no obliga a quienes no están de acuerdo con ella (pues quien está a favor del aborto no

una idea específica de persona y supone un consenso amplio que trasciende de un simple procedimiento democrático.

aboga porque todas las mujeres aborten sino tan sólo porque todas tengan la opción de hacerlo)⁹⁶, en último término implica una autorización para que determinados sujetos, únicamente por razón de sus creencias, puedan dañar irreparablemente a otro (como es el *nasciturus*), hasta el punto de imposibilitar que continúe su existencia.

En este sentido, la postura pro-vida o contraria al aborto por la que abogo en este artículo no resulta de una idea paternalista de Estado que considera que las instituciones o la sociedad en su conjunto pueden razonar mejor que el individuo mismo sobre qué es lo que más le conviene y están legitimados para coartar su libertad y determinar su futuro, sino tan sólo de la idea de que resulta más conveniente y admisible para todos, cualquiera sea su visión omnicomprendiva, que nadie se encuentre en la capacidad de hacer daño a otro por razón de sus creencias y que el Estado debe comprometerse con la defensa de todos y especialmente de los más indefensos.

Esto último considerando, además, que con la prohibición del aborto sólo se está evitando que se acabe con la vida de un ser humano y una persona humana, sin que ello implique, de ninguna manera, la esclavitud de la mujer o la denigración de su dignidad, pues ella es mucho más que simplemente su cuerpo, y su vida es mucho más que los nueve meses que dura un embarazo, luego de ninguna manera puede afirmarse que obligarla a continuar con su embarazo (que además incluso puede sostenerse médicamente que es lo más conveniente para su salud) sea desconocer su dignidad y vulnerarle absolutamente sus derechos a la libertad y/o al libre desarrollo de su personalidad.

Así, considero que si el consenso traslapado debe ser entre doctrinas comprensivas razonables, como lo son en este caso una y otra de las posiciones en discusión (pues resultan de un ejercicio de la razón práctica, organizan valores reconocidos y pertenecen a una tradición o doctrina (Rawls, 2002, págs. 75-76)), entonces en el caso del aborto este consenso no es posible, dado que ambas posturas en conflicto consideran que la otra es irrazonable, y que si lo es, se requeriría de un criterio para determinar cuál es razonable y

⁹⁶ Digo que la decisión de la Corte Constitucional no obliga a quienes no comparten su postura “en principio”, pues como ocurre en Colombia y también en otros países, incluyendo a Estados Unidos desde que comenzó la administración de Barack Obama, en no pocos casos se ha decidido que junto con la permisión del aborto viene también, como si fuese una conclusión necesaria de ello, la obligación para el Estado de financiar el aborto o la “interrupción voluntaria del embarazo” como también se le ha llamado, lo que obviamente implica la utilización de recursos públicos para tal fin, así como también la obligación para los hospitales, empresas y centros de salud, de prestar este servicio, limitando incluso el derecho a la objeción de conciencia que tienen derecho los profesionales de la medicina. Tal era el efecto, en Colombia, del Decreto 4444 de 2006, promulgado por el Ministerio de la Protección Social, el cual fue suspendido por el Consejo de Estado en octubre de 2009.

cuál no, criterio que Rawls parecería no saber quién debería establecer ni la manera de hacerlo.

Sin embargo, el problema es, sobre todo, qué hace en caso de que no se de un consenso sobre la penalización del aborto, pero tampoco sobre su permisibilidad. En efecto, se trata de un asunto fundamental, dado que abarca los límites o posibilidades del derecho a la vida (Rawls, 2002, pág. 143). En efecto, aparentemente resulta bastante problemático que no se logre un consenso (Rawls, 2002, pág. 145) con la justicia como imparcialidad de Rawls, aún cuando ésta pretenda buscar la aceptación o aquiescencia de todos los ciudadanos, pues esto es lo que entiende como la esencia de lo liberal y lo ‘razonable’. La gran pregunta es precisamente si en tal situación es legítimo que se imponga una visión omnicomprendiva en algunas ocasiones.

En otras palabras, con base en la idea que Rawls tiene de consenso traslapado —un consenso de doctrinas comprensivas razonables (pues cuenta con el pluralismo razonable) que se basa en una concepción política de justicia que es independiente de cualquier visión religiosa, filosófica o moral, y que no acude a la fuerza)—, resulta legítimo preguntar si una visión que defienda a ultranza la vida humana, en todas su etapas y formas, es una doctrina razonable y, así mismo, si la visión adoptada por la Corte en la Sentencia C-355 es verdaderamente independiente de la filosofía liberal radical adoptada por los demandantes.

Pero además de esto, dado que, de acuerdo con Rawls, para que el consenso traslapado dé lugar a una estabilidad social éste debe basarse en una concepción de justicia (que es una concepción moral), así como en una concepción de persona y de sociedad y en una serie de virtudes que se encarnan en la vida pública (Rawls, 2002, pág. 149), entonces la noción de concepto traslapado también nos permite preguntar si la Corte debió haber construido su decisión sobre un consenso de este tipo, es decir, apelando a nociones comunes de persona y sociedad, en lugar de evitarlas.

Por todo lo anterior, se puede afirmar que el consenso traslapado exige un acuerdo de valores (Rawls, 2002, pág. 158), al menos de algunos valores básicos entre los que cabe el respeto por la vida y el rechazo al uso de la fuerza, un acuerdo que parece no haberse dado en el caso de la despenalización del aborto en Colombia. De igual forma, también se hace posible concluir que, al menos en apariencia, resulta imposible que se dé un acuerdo de esta

naturaleza en torno a la discusión sobre el aborto, al menos mientras se mantengan en las mismas condiciones las posiciones en choque.

Además de esto, también se puede concluir que el consenso traslapado necesita contar con un consenso constitucional previo que, para el caso del debate sobre el aborto en Colombia, o ya existía (cuando como era costumbre en nuestro ordenamiento legal, las concepciones de vida y del derecho a la vida habían llevado a la penalización absoluta del aborto) o no existía y, por tanto, no podía simplemente establecerlo la Corte Constitucional. Si este consenso existía, debe recordarse que el mismo Rawls advierte que este consenso constitucional no es aún un consenso traslapado (Ibíd.), aunque de todas maneras la Corte Constitucional claramente lo desconoció. Si no, entonces, dado que la discusión sobre el aborto trata sobre un elemento constitucional esencial (Rawls, 2002, pág. 217), debe advertirse que este es un acuerdo social indispensable.

A esto se puede agregar que una postura a favor del aborto o parcialmente a favor del aborto claramente contradice algunas visiones, valores morales, religiosos y filosóficos y por tanto, que es una postura construida sobre principios sobre la que no podría haber un consenso como el pretendido por Rawls, es decir, un consenso traslapado que sostenga una concepción política. Alguno podría contra-argumentar nuevamente, sin embargo, que esta sentencia, como sucedió con las decisiones judiciales que en el pasado acabaron con males como la esclavitud, es una de esas decisiones que tiene por objetivo conducir al ajuste de ciertas doctrinas comprensivas, como sería el caso de las que se oponen al aborto en todos los casos. Sin embargo, frente a esto respondería que no creo que efectivamente se haya logrado este propósito⁹⁷ y que no creo que éste fuese un objetivo legítimo, pues lo que cambió la Corte en la Sentencia C-355 en realidad no fueron las doctrinas sino los mismos principios de justicia (como es el principio de acuerdo con el cual toda vida humana tiene la

⁹⁷ Como un argumento a favor de esta afirmación podría decir que así como en la posición original Rawls afirma que todos los sujetos estarían de acuerdo en que la esclavitud es injusta, así también considero que éstos estarían de acuerdo en que debe prohibirse el aborto, pues cada uno de ellos podría llegar a ser el *nasciturus* y en tal caso definitivamente no estaría dispuesto a que otro decidiera por él su posibilidad de sobrevivir al vientre materno.

Alguno podría replicar que el punto no es éste sino, por el contrario, que precisamente en la posición original no todos estarían de acuerdo en que el aborto debería prohibirse si consideraran que ellos podrían llegar a ser la mujer violada, embarazada de una creatura inviable o la mujer cuyo embarazo pone en riesgo su vida; pero, a pesar de ello, insisto en considerar que la posibilidad de ser el *nasciturus* es todavía más grave, o al menos, más riesgosa que la de llegar a ser la mujer en alguna de las condiciones excepcionales de la Sentencia C-355. Y en todo caso, dentro del modelo de Rawls, si efectivamente contemplar estas posibilidades no permitiera a los sujetos en la posición llegar a un acuerdo sobre el aborto, entonces definitivamente imponerlo —o cambiar su regulación— por vía de una decisión judicial no parece lo más justo ni tampoco lo más democrático.

misma dignidad o que el derecho a la vida es inviolable), sobre los que debe construirse el consenso social (Rawls, 2002, pág. 160).

En efecto, mientras que para acabar con el mal moral de la esclavitud la Corte Suprema de Justicia simplemente tuvo que ampliar los beneficiarios de los derechos y libertades que ya concedía la constitución americana —acabando con la exclusión y determinación de seres humanos que injustamente habían sido tratados como objetos o seres humanos de segunda— lo que la Corte Constitucional colombiana hizo en el caso de la Sentencia C-355 de 2006 fue interpretar restrictivamente los conceptos de persona y de vida humana y, discriminando donde no discriminaba el texto constitucional y contradiciendo la voluntad del legislador y el precedente constitucional⁹⁸, consideró que el *nasciturus* no es persona humana ni es sujeto de derechos y que la protección a la vida humana dependiente o vida humana por nacer tiene menor relevancia que la protección de la vida, e incluso que la protección de la salud, el libre desarrollo y otros derechos de un ser humano ya nacido.

Además, me parece que resulta muy relevante preguntar si cuando se limitan o relativizan las nociones de persona y del derecho a la vida (que Rawls llama “requisitos políticos urgentes”) se cumplen las principios de una visión liberal como la que propusieron tanto los demandantes como la misma Corte, o si con esto, en lugar de ello, volvieron a ponerse estas nociones (sobre las que antes no había duda sobre su primacía) en la agenda política y así, si se revivieron hostilidades, divisiones e inseguridad en la sociedad (Rawls, 2002, pág. 161). De ser esto cierto, los demandantes y la Corte misma habrían incumplido tanto con el primer requisito que exige un consenso constitucional, como con el segundo requisito de este consenso: que el mismo esté basado en una razón pública y en lo que podríamos llamar “reglas claras” (Ibíd.).

Aún así, la gran pregunta, sobre todo, es si dentro de cada una de las posturas en el debate sobre el aborto hay razones que permitan llegar a un consenso, como quiere Rawls, y si la decisión adoptada por la Corte Constitucional es acorde con estas razones (Rawls, 2002, pág. 169). Este no parece ser el caso, pues no está claro si la posición a favor del aborto o parcialmente a favor de aborto responde al mejor principio racional (Rawls, 2002, pág. 96),

⁹⁸ En efecto, la Corte Constitucional ha ido variando su propia jurisprudencia “convirtiendo sus *obiter dictum* en *ratio decidendi* y luego su *ratio decidendi* en *obiter dictum* (...)”. Así, lo que en 1994 fue *obiter dictum* (argumentos favorables a la permisión del aborto) en 2006 es *ratio decidendi* y *decisus*, y, lo que en 1994 fue *ratio decidendi* (constitucionalidad de la penalización del aborto), ahora es un *obiter dictum* adicional en la sentencia C-355 de 2006” (Garzón Vallejo, 2006, pág. 197).

sobre todo si se considera, entre otras cosas, que en la Sentencia C-355 ni siquiera se fijaron plazos o períodos específicos para practicar los abortos en los casos despenalizados.

5. Conclusiones

Es evidente que el aborto es uno de esos asuntos en los que hay una fuerte controversia que divide a la sociedad y que por tanto debe hacer parte de la agenda política. Pero no sólo eso, sino que sobre él se debe buscar, más allá de cualquier doctrina comprensiva razonable, un consenso y no la imposición de una postura, sin escatimar en medios para conseguirlo. Un consenso así se lograría, en mi opinión, si por ejemplo se formulara un principio moral amplio y razonable como lo es decir que “toda vida humana necesita protección” y si se dejara la definición de qué es la vida humana a las ciencias naturales en lugar de a una postura filosófica, religiosa, moral o política cualquiera (Rawls, 2002, págs. 152-156), en tanto que las definiciones de vida y ser humano, aunque no agotan todo el misterio y complejidad de la persona (que es sobre lo que tratan estas posturas) le son y serán siempre una condición indispensable a la definición de persona.

Por otro lado, una decisión como la adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 parece señalar un límite a la justicia política del liberalismo político y tal vez al mismo liberalismo, pues parece poner sobre la mesa un asunto sobre el que, de acuerdo con sus principios, nadie parece estar legitimado para tomar una decisión. Sólo considerar el carácter público de los talentos o capacidades de los sujetos, por ejemplo, permite ya cuestionar tanto si sobre ellos puede decidir un determinado sujeto, como la madre o el padre, o si puede hacerlo la sociedad entera por medio de una votación.

Para la postura liberal, la libertad es el principio último, aquello que determina la legitimidad de las decisiones en las que se permite participar. Sin embargo, cuando esta libertad se opone directamente a la vida (y por ende, a la libertad de otros) y no se ofrecen ni parece posible ofrecer los medios de participación suficientes para que todos los ciudadanos puedan participar del debate y se garantice un consenso traslapado, su estructura parece entrar en crisis. Lo demuestra, por ejemplo, el simple hecho de que una serie de argumentos como los que aquí se han presentando también se habrían podido formular si la Corte Constitucional hubiera tomado la decisión contraria (aunque ello hubiese sido más acorde con la tradición legislativa y jurisprudencial). Así, quienes asumen la visión que se opone a toda forma de aborto pueden válidamente argumentar que la Sentencia C-355 les

impuso una visión omnicomprendensiva igual a aquella que quienes obraron como demandantes en el proceso que dio lugar a esta sentencia afirmaban que se estaba imponiendo por medio de la ley penal.

Así, los límites de la razón pública y de la competencia del Tribunal Constitucional se pueden hacer visibles con el ejemplo del aborto, pues el mismo hace parte de un tipo de casos o de dilemas morales sobre asuntos públicos sobre los que no tiene alcance el órgano de interpretación constitucional y que exigen que la misma sociedad sea quien elabore nuevos mecanismos de solución.

Con el tema de la despenalización del aborto, entonces, se demuestra que hay asuntos y decisiones fundamentales que no permiten el consenso constitucional ni el cambio en las doctrinas razonables que forman la sociedad plural y que tampoco permiten constituir el consenso traslapado, a pesar de que la amplitud de éste último probablemente también exige un consenso sobre el concepto y la defensa de la vida. El caso del aborto, por tanto, parece constituir un problema para el liberalismo político, pues éste presenta una concepción de justicia para las principales instituciones de la vida política y social (Rawls, 2002, pág. 173), pero no para la vida toda, pues no puede establecer quién puede y quién no puede vivir.

En el liberalismo político se puede decidir quién participa o no de la arena pública, más no quién puede existir ni siquiera si ello se hace con plazos o condiciones, y cuando se define quién es persona, quién puede vivir, cuáles son los bienes primarios, etc. se hace una doctrina comprensiva y, por tanto, se formula una concepción de justicia que se basa en una doctrina que, de acuerdo con el mismo liberalismo político, no puede llamarse “razonable”.

De otro lado, considero que cuando se toma una decisión como la que tomó la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 se está adoptando una noción de bien que el liberalismo político sencillamente no puede tolerar porque atenta contra los principios de la justicia y porque no sirve a los beneficios que puede tener el aludido pluralismo razonable (Rawls, 2002, pág. 282). Por el contrario, considero que en casos tan problemáticos como el del elemento constitucional esencial de la vida, el ideal de la razón pública exige un punto de vista inclusivo (Rawls, 2002, pág. 237) y no un punto de vista como el que fue adoptado en la Sentencia C-355.

Así las cosas, digo que el derecho a la vida simplemente es demasiado básico, demasiado esencial, y que por ello, en una sociedad en la que acordemos vivir, debe haber un acuerdo sobre él. Pero al mismo tiempo, que no deja de ser problemático que alguien, incluso la mayoría y con plenas garantías de participación, decida sobre la vida de otro, pues considero que cuando las nociones de vida, persona y libertad están en juego, es decir, cuando todavía no hay un acuerdo sobre las nociones de las que dependen los derechos más esenciales, entonces el consenso, la estabilidad y la vida social en general sencillamente se hacen demasiado frágiles.

6. Referencias bibliográficas

(s.f.). Recuperado el 2009, de Abort73: www.abort73.com

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Arthur, J. (1999). Abortion. En *Morality and moral controversies*. Binghamton University.

Beauchamp, T., & Leroy, W. (1999). Abortion and Maternal-Fetal Relations. En *Contemporary Issues in Bioethics* (Fifth edition ed.). Wadsworth Publishing Company.

Castro Cuenca, G. C. (2006). Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva. (U. d. Sabana, Ed.) *Dikaion* , 20 (015).

Don, M. (1999). Why Abortion is Immoral. En *Contemporary Issues in Bioethics*. Wadsworth Publishing Company.

Feinberg, J. (1973). The Problem of Abortion. En *Freedom and Fullfilment*. Wadsworth Publishing Company.

Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Finnis, J. (1973). The Rights and Wrongs of Abortion: a Reply to Judith Thompson. *Philosophy and Public Affairs* , 2 (2), 117-145.

Freeman, S. (1999). Introduction. En S. (. Freeman, *The Cambridge's Companion to Rawls*.

Freeman, S. (2003). Why Libertarianism Is Not a Liberal View. En S. Freeman, *The Cambirdge's Companion to Rawls*. Cambridge University Press.

Gafo, J. (2003). El aborto. En *Bioética teológica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Garzón Vallejo, I. D. (2007). *La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos. Consideraciones acerca de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional Colombiana*.

Garzón Vallejo, I. D. (2006). Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto. *VE* , 77-105.

Guardini, R. (2006). El derecho a la vida antes del nacimiento. *ARBIL* (102).

Hartley, C., & Watson, L. (2009). Feminism, Religion and Shared Reason, a Defense of Exclusive Public Reason . *Law and Philosophy* .

Lindberg, D. D. (2002). La Filosofía de la Naturaleza en Aristóteles. En *Los inicios de la Ciencia Occidental: La tradición científica en el contexto filosófico, religioso e institucional (desde el 600 a. C. hasta 1450)*. Ediciones Paidós.

- Liszt, F. V. (1929). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Margalit, A. (1996). *The Decent Society*. Harvard University Press.
- Ollero, A. (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Navarra: Arazandi.
- Patarroyo, C. (2009). Correspondencia entre Locke y Molyneux acerca de la identidad personal y el derecho a castigar justamente a un ebrio que no es consciente de sus acciones. *Ideas y Valores*, 58 (139).
- Pojman, L. P. (1998). Abortion: A Defense of the Personhood Argument. En L. P. Pojman, & F. Beckwith, *The Abortion Controversy*. Canadá: Wadsworth Publishing Company.
- Rawls, J. (2003). *A Theory of Justice*.
- Rawls, J. (1994). *Liberalismo Político*. Isegoría.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2002). *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo Político*. (A. Doménech, Trad.) Barcelona: Crítica.
- Rawls, J. (1999). The Idea of Public Reason Revisited. En S. F. (Ed), *John Rawls: Collected Papers*.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Vigésima Segunda Edición ed.).
- Salles, A. L. (2008). El aborto. En *Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Fondo de Cultura Económica.
- Schrodinger, E. (1997). *¿Qué es la vida?* Barcelona: Tusquets.
- Schwartz, S. (1998). Personhood Begins at Conception. En L. P. Pojman, & F. Beckwith, *The Abortion Controversy*. Canadá: Wadsworth Publishing Company.
- Thompson, J. J. (1999). A Defense of Abortion. En *Contemporary Issues in Bioethics* (Fifth edition ed.). Wadsworth Publishing Company.
- Valdés, M. M. (2001). Aborto y Personas. En M. M. Valdés, *Controversias sobre el aborto*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valdés, M. M. (2001). Comprender la controversia sobre el aborto. En M. M. Valdés, *Controversias sobre el aborto*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Vila-Coro, M. D. (2001). El valor de la vida humana y el derecho a la vida. *InterCeu*.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.